Die

Rechte des Prinzipales

aus Art. 56, 59 H. G. B.

(mit Berücksichtigung des Entwurfes eines H. G. B. 1896.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Christian K. Sick,
Referendar.

Hamburg.
Druck von C. Adler, Grosse Reichenstr. 15-17.
1896.

Die

Rechte des Prinzipales

aus Art. 56, 59 H. G. B.

(mit Berücksichtigung des Entwurfes eines H. G. B. 1896.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Christian K. Sick,
Referendar.

Hamburg.
Druck von C. Adler, Grosse Reichenstr. 15-17.
1896.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543506_0122

Meinen lieben Eltern.

Disposition.

Die Rechte des Prinzipales aus Art. 56, 59 H. G. B.
(mit Berücksichtigung des Entwurfes eines H. G. B. 1896).

I. Einleitung: Innerer Grund des in Art. 56, 59 ausgesprochenen Verbotes; Wortlaut des Gesetzes.

II. Wem stehen aus der Übertretung des Verbotes Rechte zu?

III. Voraussetzungen der Rechte:

A. Ein Prokurist, Generalbevollmächtigter oder Handlungsgehülfe:

1. Begriff des Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten;
2. Begriff des Handlungsgehülfen;
3. Thatsächliches oder rechtliches Bestehen des Dienst- resp. Mandatsverhältnisses Voraussetzung?
4. Verhältnis der Art. 56 und 59 zu einander.

muss

B. ohne Einwilligung des Prinzipales

C. 1. für eigene Rechnung, oder
2. für Rechnung eines Dritten

D. Handelsgeschäfte gemacht haben.

IV. Kontrakts- oder Deliktsansprüche?

V. Das Recht auf Schadenersatz insbesondere.

VI. Das Eintrittsrecht insbesondere:

A. Begriff und Wesen; Übersicht über die bisher vertretenen Ansichten.

B. Inhalt des Rechtes:

1. Nur Rechte gegen den Gehülfen, denn
   a. weder auf Grund des Stellvertretungsbegriffes oder actio quasi institoria, noch
   b. auf Grund fingierter Cession ist ein Zugriff direkt gegen den Dritten zu rechtfertigen.
2. Ausübung des Rechtes durch den Prinzipal,
   a. wenn die Geschäfte bereits abgewickelt,
   b. wenn sie noch nicht abgewickelt sind.

VII. Verhältnis der Ansprüche zu einander.

VIII. Vererblichkeit und Verjährung.

IX. (Anhang). Klage auf Unterlassung pro futuro.

Literatur.

Staub, Kommentar z. Allgem. deutsch. H. G. B. 3. u. 4. Aufl.

Thöl, Dr. H., Das Handelsrecht. 6. Aufl.

Makower, H., D. allgem. deutsche H. G. B. 11. Aufl.

Anschütz u. v. Völderndorff, Komment. z. allgem. deutsch. H. G. B.

Behrend, Dr., Lehrb. d. Handelsrechts.

Puchelt, Komment. z. allgem. deutsch. H. G. B.

Endemann, Handb. d. deutsch. Handels-, See- und Wechselrechts.

Keysner, Allgem. H. G. B. nach Rechtsprechung und Wissenschaft. 1878.

Brinckmann, C. H. L., Lehrb. d. Handelsrechts. 1853.

Goldschmidt, Dr. L., Handb. d. Handelsrechts.
do. Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht.

Busch, Archiv f. Theorie u. Praxis d. allgem. deutsch. H. R.

Hahn, Komment. z. deutsch. H. G. B.

Gareis, D. deutsch. Handelsrecht.

Cosack, Lehrb. d. Handelsrechts.

Protokolle d. Commission z. Berathung e. allgem. deutsch. H. G. B. von Lutz.

Entwurf e. H. B. für d. preuss. Staaten, Motive.

Entwurf eines Handelsges. Buchs nebst Denkschrift. 1896.

Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts.

Dernburg, Pandekten.

Brinz, Lehrb. d. Pandecten.

Vangerow, Lehrb. d. Pandecten.

Savigny, D. Obligationenrecht als Theil des heutig. röm. Rechtes.

Sintenis, D. practische gemeine Civilrecht.

Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen.

Puchta, G. F., Vorlesungen über d. heut. röm. Recht. 6. Aufl.

Puchta, G, F., Pandekten. 7. Aufl.

Ruhstrat, Über Savigny's Lehre v. d. Stellvertretung.

Buchka, Lehre v. d. Stellvertretung bei Eingehung v. Verträgen.

Goldschmidt, Lucca-Pistoja-Actien-Streit.

Lubzinski, Eintrittsrecht des Prinzipals.

Oppenheim, Verbotswidrige Handelsgeschäfte.

Schlesinger, Beschlagnahme d. noch nicht verdienten Lohnes.

Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen.

Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechts.

Stobbe, Handb. d. deutschen Privatrechts.

Ihering, Jahrbücher f. Dogmatik d. heut. röm. u. deutsch. Pr. R.

Seuffert, Archiv. f. Entscheidungen d. obersten Gerichte.

Entscheidungen d. Reichsgerichts in Civilsachen.

do. d. Bundes- u. Reichs-O. H. G.

Bolze, Praxis d. Reichsgerichtes i. Civilsachen.

Archiv für pract. Rechtswissenschaft.

Linde, Zeitschr. f. Civilrecht u. Process n. F.

Archiv f. d. civilistische Praxis.

I. Einleitung.

Nach § 1 unserer Gewerbeordnung ist der Betrieb eines Gewerbes Jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen zugelassen sind. Allerdings hat die Gewerbeordnung selbst dieses Prinzip der allgemeinen Gewerbefreiheit in mannigfacher Weise beschränkt — wie z. B. die §§ 16, 29, 31, 33, 43 Gew.-Ordn. die Einrichtung zahlreicher Anlagen, die Ausübung zahlreicher Gewerbe von einer Konzession resp. Approbation abhängig machen, § 57 den Gewerbebetrieb im Umherziehen gewissen Personen versagt. Ebenso sind Beschränkungen in anderen Reichs- und Landesgesetzen enthalten; so wird z. B. durch § 43 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 und § 16 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 den Militärpersonen des Friedensstandes, sowie den Reichsbeamten der Betrieb von Handelsgewerben untersagt (mit welchem Vorbringen allerdings, soll hier nicht untersucht werden). Auch das Recht, ein Handelsgewerbe zu betreiben, steht prinzipiell Jedermann zu, doch ist auch hierfür die Gewerbeordnung massgebend. Wohl zu unterscheiden von dem Betriebe eines Handelsgewerbes ist der Abschluss einzelner Handelsgeschäfte.

In Beziehung auf die Befugnis zum Abschluss einzelner Handelsgeschäfte können die Bestimmungen der Gewerbeordnung nicht in Anwendung gebracht werden; diese Befugnis steht im Allgemeinen Jedermann zu, der überhaupt vertragsfähig ist. Seltsam muss es darum erscheinen, dass das Handelsgesetzbuch für gewisse Personen (Prokuristen, Generalhandlungsbevollmächtigte, Handlungsgehülfen, Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft u. A.)

in Bezug auf den Abschluss von Handelsgeschäften ganz singuläre Verbote aufgestellt hat.

So wird in Art. 96 H. G. B. dem offenen Handelsgesellschafter verboten, in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte zu machen, oder an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft teilzunehmen. Dasselbe gilt mit geringen Modifikationen von den persönlich haftenden Mitgliedern einer Kommanditgesellschaft[1]), einer Kommanditgesellschaft auf Aktien[2]) und den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft[3]). Noch mehr beschränkt sind Prokuristen, Generalhandlungsbevollmächtigte und Handlungsgehülfen, denen durch Art. 56 und 59 H. G. B. schlechthin verboten wird, überhaupt Handelsgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung zu betreiben.

Der Grund des in Art. 96 ausgesprochenen Verbotes war nun nicht der, dass der Gesellschafter seine ganze Thätigkeit nur dem Geschäftsbetriebe seiner Gesellschaft widmen solle — denn das Gesetz verbietet ihm ja nicht schlechthin jedes Geschäft, sondern nur solche, die dem „Handelszweige" der Gesellschaft angehören. — Es kam vielmehr darauf an, eine auch nur mögliche Interessenkollision zu verhüten, und eine solche ist zu befürchten, wenn der Gesellschafter durch den Betrieb gleichartiger Geschäfte in der Lage ist, die Kenntnis der Bücher und Verbindungen der einen Gesellschaft zum Nachteil derselben, aber zu seinen Gunsten resp. zu Gunsten einer anderen Gesellschaft auszunutzen. Das Verbot der Art. 56 und 59 dagegen hat seinen Grund — neben den vorstehend erörterten Bedenken — hauptsächlich in dem Dienstverhältnisse zwischen dem Prinzipale und seinem Gehülfen.

Denn das Geschäft, in dem der Gehülfe angestellt ist, beansprucht seine Thätigkeit in ihrem ganzen Umfange,

---

[1]) Art. 157.
[2]) Art. 196 a.
[3]) Art. 232 H. G. B.

und eine Schädigung der Geschäftsinteressen liegt schon vor, wenn der Gehülfe seine Thätigkeit und Aufmerksamkeit durch das Betreiben eigener Geschäfte von seinen Dienstpflichten ablenkt. Deshalb bezieht sich das Verbot hier auf den Betrieb von Handelsgeschäften jeder Art, die nicht für Rechnung des Prinzipals geschlossen werden. Bei Ueberschreiten dieses Verbotes seitens der Gehülfen sind nun dem Prinzipale verschiedene Rechte zuerkannt.

Einmal ist bestimmt, dass der Prinzipal Schadenersatz von seinem Gehülfen verlangen könne. Es muss sich ferner der Gehülfe auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, dass die für seine (eigene) Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipales geschlossen angesehen werden.

Es soll der Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sein, diese Rechte ihrem Wesen und Inhalte nach zu erläutern und in ihrer Ausübung durch den Prinzipal darzustellen.

Die Art. 56 und 59 lauten wörtlich:

Art. 56. Ein Prokurist oder ein zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes bestellter Handlungsbevollmächtigter darf ohne Einwilligung des Prinzipales weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.

Eine Einwilligung des Prinzipales ist schon dann anzunehmen, wenn ihm bei Ertheilung der Prokura oder der Vollmacht bekannt war, dass der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte betreibe, und er die Aufgebung dieses Betriebes nicht bedungen hat.

Uebertritt der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte diese Vorschrift, so kann der Prinzipal Ersatz des verursachten Schadens fordern. Auch muss sich der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, dass die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipales geschlossen angesehen werden.

Art. 59. Ein Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipales weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.

In dieser Beziehung kommen die für den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten geltenden Bestimmungen (Art. 56) zur Anwendung.

Die zweite der dem Prinzipale zugesprochenen Befugnisse hat man mit Rücksicht auf die im Absatz 2 Art. 97 gebrauchte — allerdings unjuristische — Ausdrucksweise „in das Geschäft eintreten“ kurz mit „Eintrittsrecht“ bezeichnet und auch wir wollen diese Bezeichnung der Kürze halber beibehalten.

II. Wem stehen aus der Übertretung des Verbotes Rechte zu?

Als erste haben wir die Frage zu erörtern, wem Art. 56, 59 aus der Verbotsüberschreitung Rechte einräumen.

Das Gesetzbuch selbst nennt als Träger der Rechte den „Prinzipal“, und führt diese Bezeichnung zuerst im Art. 41 in Parenthese zu „dem Eigentümer einer Handelsniederlassung.“

Die durch das Gesetz selbst scheinbar aufgestellte Gleichstellung dieser beiden Begriffe hat wohl dazu geführt, als „Prinzipal“ ganz allgemein diejenige Person zu bezeichnen, welche nach aussen als der Träger des Handelsgewerbes erscheint, geradezu den Ausdruck „Prinzipal“ zu definieren als „der Kaufmann in seiner Eigenschaft als Inhaber eines bestimmten Handelgeschäftes“ [1]). U. E. ist diese Definition zu weit. Das Handelsgesetzbuch spricht nur im 5. und 6. Titel vom „Prinzipal“, dagegen an anderen Stellen, z. B. Art. 251 ff., vom „Inhaber des Handelsgewerbes“ ohne den Zusatz „Prinzipal“. Dieser Umstand, sowie der Zusammenhang, in welchem die Bezeichnung „Prinzipal“ gerade bei den Titeln „von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten“ [2]) und „von den Handlungsgehülfen“ [3]) gebraucht ist, weist ohne Zwang darauf hin, dass das Gesetz den Eigentümer einer Handelsniederlassung nur im Verhältnis zu den im 5. und 6. Titel aufgeführten

[1]) Behrend, Lehrb. d. H. R. S. 206.
[2]) 5. Titel.
[3]) 6. Titel.

Personen als „Prinzipal“ bezeichnen will[1]). Der „Entwurf eines Handelsgesetzbuches“ will sogar den Ausdruck „Prinzipal“ nur beim Bestehen eines wirklichen Dienstverhältnisses gelten lassen und hat daher in dem 5. Titel „Prokura und Handlungsvollmacht“ geflissentlich den Ausdruck „Prinzipal“ vermieden, um dadurch schon der Fiktion entgegenzutreten, als setze Prokura und Handlungsvollmacht ein Dienstverhältnis voraus.

Thatsächlich dürfte es in Fällen, wo kein Dienstverhältnis vorliegt, wo z. B. ein Freund vorübergehend Handlungsvollmacht u. s. w. erhält, kaum angebracht sein, von einem „Prinzipal“ zu sprechen, da ja der Mandatar nach dem Willen der Kontrahenten nicht in ein Abhängigkeitsverhältnis tritt. Auch nach geltendem Handelsrecht ist als „Prinzipal“ zu bezeichnen „der Kaufmann in seiner Beziehung zum gesamten Hülfspersonal seiner Handelsniederlassung“[2]).

Gleichgültig ist es dabei, ob der Handlungsinhaber das Geschäft selbst leitet oder nicht. „Handlungsinhaber“, „Eigentümer einer Handelsniederlassung“, „Inhaber eines Handelsgewerbes“ kann nun sein: ein Mann oder eine Frau, ein Einzelner oder eine Mehrheit von Personen, eine physische oder eine juristische Person.

Was nun die Ausübung der diesem als „Prinzipal“ zustehenden Rechte anlangt, so könnten nur Zweifel entstehen bezüglich der Frage, wer bei einer Personenmehrheit „Prinzipal“ und damit Träger der Rechte sei. Hier ist „Prinzipal“ die Gesamtheit der Mitglieder; sie tritt handelnd auf durch den Vorstand, oder die geschäftsführenden Mitglieder; diese also üben die Rechte des Prinzipals aus. Ist also der „Prinzipal“ eine Aktiengesellschaft, so steht die Entscheidung, ob von den genannten Rechten gegen den Gehülfen Gebrauch zu machen sei, dem Vorstand zu. Dem

---

[1]) Vergl. Wendt i. Endem. Handb. S. 247 f u. Hahn, Comm. z. Art. 41.

[2]) Hahn, a a. O.

Vorstande gleich stehen die persönlich haftenden Mitglieder einer Aktien-Kommanditgesellschaft.

Ist der Prinzipal eine offene Handelsgesellschaft[1]), so steht die fragliche Entscheidung denjenigen Gesellschaftern zu, welchen die Geschäftsführung übertragen ist, und wenn der Gesellschaftsvertrag nichts über die Geschäftsführung enthält, jedem Gesellschafter zu gleichem Rechte[2]). Will daher von mehreren Gesellschaftern in diesem Falle nur einer eintreten, und erklärt er diesen Eintritt, so ist derselbe voll wirksam und bindet die Gesellschaft. Gehen indessen die Geschäfte, in welche eingetreten werden soll, über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinaus, oder sind dieselben dem Zwecke der Gesellschaft fremd, so ist einstimmiger Beschluss sämtlicher Gesellschafter erforderlich[3]). Bestehen also hier Meinungsdifferenzen, so muss der „Eintritt" unterbleiben; die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches wird hierdurch nicht berührt.

Doch soll auf die hier bei der offenen Handelsgesellschaft entstehenden Schwierigkeiten — über welche sich eine ganze Abhandlung schreiben liesse — nicht eingegangen werden.

III. Voraussetzungen der Rechte.

Der Wortlaut des Gesetzes selbst ergiebt die weiteren Voraussetzungen, unter denen dem Prinzipale die im Art. 56 Abs. 3 zuerkannten Rechte zustehen sollen:

A. Ein Prokurist, Generalhandlungsbevollmächtigter oder Handlungsgehülfe muss

B. ohne Einwilligung des Prinzipales

C. für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten

D. Handelsgeschäfte gemacht haben.

---

[1]) Art. 99.

[2]) Art. 102. 114. 115.

[3]) Art. 103.

A.

1. Was wir unter Prokurist und Generalhandlungsbevollmächtigtem zu verstehen haben, besagen die Art. 41 und 47 H. G. B. „Wer“ vom Prinzipale beauftragt ist, in dessen Namen und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft zu betreiben und per procura die Firma zu zeichnen, ist Prokurist.

Generalhandlungsbevollmächtigter ist „Jemand“, den der Prinzipal ohne Erteilung der Prokura zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes bestellt.

Wenngleich hier von „Prinzipal“ und von „Bestellung“ die Rede ist, auch Art. 54 ein Dienstverhältnis als regelmässig vorliegend annimmt, so widerspricht doch die Allgemeinheit „Wer“, „Jemand“, der Annahme, als ob ein Dienstverhältnis essentiale der Prokura oder Generalhandlungsvollmacht sei.

Die Unhaltbarkeit einer solchen Annahme — welche auch die Praxis entschieden ablehnt[1]), — ergiebt sich schon aus der Konsequenz, dass dann die Prokura, welche die Handelsfrau ihrem Ehemanne, der Kaufmann seinem Sohne erteilte, unwirksam wäre. Das erkennen auch diejenigen an, welche das Vorhandensein eines Dienst- oder Abhängigkeitsverhältnisses als Erfordernis für diejenigen Handlungsbevollmächtigten aufstellen, welche nur zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften bestellt sind[2]).

Von diesen aber ist überall nicht die Rede. Art. 56 spricht bestimmt und klar das Verbot nur für Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigte aus, und zu einer ausdehnenden Interpretation dieses Verbotes auf alle Bevollmächtigte — wie Thöl[3]) es geradezu will — liegt bei dem klaren Wortlaute des Gesetzes umsoweniger Anhalt vor,

---

[1]) Entsch. R. O. H. G. Bd. VII 107 und Bd. XVI 71.

[2]) Behrend a. a. O. Seite 368 (30) und 370 (5). Hahn a. a. O. (Vorbem. z. Art. 41).

[3]) Thöl, H. R. §§ 77, 78.

als die Motive ausdrücklich betonen, dass ein derartiges ausnahmsloses Verbot für alle Bevollmächtigten zu weit gehen und zu geradezu unsinnigen Konsequenzen führen würde[1]). Die Lücke, die hiernach für die Anwendbarkeit des Art. 56 besteht, wird ausgefüllt durch Art. 59. Hier werden dem Verbote die Handlungsgehülfen schlechthin unterstellt, und da ein Dienstverhältnis, wenn nicht immer, so doch regelmässig mit der Vollmacht vereint ist, so trifft Art. 59 zugleich die meisten Bevollmächtigten.

Allerdings ist darnach eine Personenklasse völlig dem Verbote entrückt, welche der Gesetzgeber bei Fassung des Art. 56 besonders im Auge hatte: die Agenten[2]).

Es kann dahin gestellt bleiben, ob selbständige Agenten, Provisionsreisende, auch wenn sie dauernd für ein Haus thätig sind, garnicht zu den Handlungsbevollmächtigten zu rechnen sind[3]). Man wird dann jedenfalls nicht in die Gefahr kommen, selbst bei der ausgedehntesten Interpretation den Agenten dem Verbote des Art. 56 (geschweige denn Art. 59) zu unterstellen. Die Redaktoren des Handelsgesetzbuches aber rechneten jedenfalls den Agenten zu den Handlungsbevollmächtigten, indem sie es vermieden, das Verbot auf alle Bevollmächtigten auszudehnen[4]), gerade mit Rücksicht auf den Agenten, weil dessen Stellung es mit sich bringe, Handelsgeschäfte für verschiedene Auftraggeber zu machen. Dieser Gesichtspunkt verbietet schon von selbst, den Agenten derartig weitgehenden Beschränkungen zu unterwerfen. Gleichwohl besteht die Gefahr des Konkurrenzbetriebes seitens des Agenten in gleich hohem

---

[1]) Protokolle Bd. I 93.

[2]) Die Bezeichnung „Agent" führen Personen der verschiedensten Berufsklassen, und es ist darum schwierig, bisher auch nicht versucht, eine einheitliche Definition dieses Begriffes und eine Regelung der Rechtsverhältnisse der Agenten vorzunehmen. — Die Handelswelt versteht unter „Agent" vorzugsweise denjenigen selbständigen Gewerbetreibenden, welcher dauernd die Interessen eines oder mehrerer Handelshäuser vertritt.

[3]) Behrend a. a. O. S. 370 (5)

[4]) Protokolle 93.

Masse, als bei den durch Art. 56 und 59 getroffenen Personen, und die Konkurrenz seitens des Agenten wird der Prinzipal nicht minder schwer empfinden, als die Konkurrenz jener.

Mit Recht empfindet es die Handelswelt als Mangel, dass es nicht nur bis jetzt an einer gesetzlichen Regelung der Rechtsstellung der Handlungsagenten fehlt, sondern dass insbesondere das Gesetz keine Handhabe bietet, dem Konkurrenzbetriebe der Agenten entgegen zu treten. Diesem Bedürfnisse trägt der neue Entwurf eines H. G. B. Rechnung. Er widmet dem Handlungsagenten einen besonderen (7.) Titel und verbietet ihm in § 76 (analog dem Art. 96 H. G. B.) „in dem Handelszweige des Geschäftsherrn“ ohne Einwilligung u. s. w. Geschäfte zu machen[1]).

Dadurch ist in wirksamster Weise dem Konkurrenzbetriebe Einhalt gethan. Allerdings hat der bisherige Mangel gesetzlicher Regelung vielfach entgegenstehende Handelsgebräuche entwickelt, und mit Rücksicht hierauf hat der Entwurf das Verbot zweckentsprechend eingeschränkt[2]). In glücklicher Fassung hat u. E. der Entwurf dadurch eine Lücke im Gesetze unter Vermeidung unbilliger Härte ausgefüllt.

Eine für unsere Untersuchung weit wichtigere Neuerung bringt der Entwurf aber durch Streichung des Art. 56. Unser Verbot findet nach Ansicht des Entwurfes[3]) seine Rechtfertigung nur in dem dauernden Dienstverhältnisse, nicht aber in der Vollmacht, und ist darum — mit einzelnen unten zu besprechenden Änderungen — nur für die Handlungsgehülfen aufrecht erhalten[4]). Der Entwurf giebt aber dem Begriffe „Handlungsgehülfe“ eine derartige Er-

[1]) Entw. e. H. G. B., § 76 Absatz 1: „In Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung oder eines abweichenden Handelsgebrauches darf der Handelsagent in dem Handelszweige des Geschäftsherrn ohne dessen Einwilligung weder für eigene noch für fremde Rechnung Geschäfte machen.“ — —

[2]) s. ob. Anm.

[3]) Denkschrift z. Entw. S. 49.

[4]) Entw. e. H. G. B. §§ 55, 56.

klärung, dass jeder „gegen Entgelt angestellte“ Prokurist u. s. w. eben Handlungsgehülfe ist und als solcher dem Verbote unterliegt. Die Streichung des Art. 56 H. G. B. entrückt darnach nur diejenigen Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten dem Verbote, welche nicht gegen Entgelt angestellt sind; und das entspricht nur der Billigkeit. Wer nicht im Verhältnisse eines Untergebenen zum Prinzipale steht, wer insbesondere aus Gefälligkeit thätig ist, braucht sich nicht obendrein die Hände binden zu lassen. Wir halten daher die vorgeschlagene Änderung für eine Verbesserung gegenüber dem geltenden Rechte, welches in seiner bestimmten Fassung verbietet, irgend einen Prokuristen bezw. Generalhandlungsbevollmächtigten von dem Verbote auszunehmen, sollte es auch noch so sehr seiner Vertrauensstellung und der Billigkeit entsprechen.

2. Eine genaue Bestimmung des Begriffes „Handlungsgehülfe“ giebt das Handelsgesetzbuch nicht. Von ihm handelt der 6. Titel und in Art 57 ist der Bezeichnung „Handlungsgehülfe“ in Parenthese die Erläuterung „Handlungsdiener“, „Handlungslehrlinge“ beigefügt. Der 6. Titel spricht ferner durchweg von einem „Dienstverhältnis“ zwischen Prinzipal und Gehülfen, und Art. 58 betont, dass der Handlungsgehülfe nicht ermächtigt sei, Rechtsgeschäfte im Namen und für Rechnung des Prinzipales vorzunehmen. Art. 65 endlich spricht aus, dass es hinsichtlich der Personen, welche bei dem Betriebe des Handelsgewerbes Gesindedienste verrichten, bei den für das Gesindedienstverhältnis geltenden Bestimmungen sein Bewenden habe.

Auf diesen Grundlagen ist es der Wissenschaft und Praxis überlassen gewesen, den Begriff „Handlungsgehülfe“ festzulegen und seine Anwendbarkeit auf die einzelnen Hülfspersonen des Kaufmannes festzustellen.

Es ist nicht die Aufgabe der vorliegenden Untersuchung, in eine Würdigung der hierüber geschaffenen Controversen einzugehen; wir müssen uns darauf beschränken, die nunmehr für jenen Begriff festgestellten Kriterien aufzuführen, soweit es unsere Untersuchung erfordert.

Abgesehen von der Thätigkeit in einem kaufmännischen Betriebe sind namentlich zwei Kriterien als wesentliche anerkannt: die Leistung kaufmännischer Dienste und das Vorhandensein eines vertragsmässigen Dienstverhältnisses.

Was das erstere Kriterium, die Leistung kaufmännischer Dienste, anlangt, so ist Thöl[1]) der einzige, welcher der herrschenden Ansicht entgegensteht. Ihm ist „Handlungsgehülfe" nur derjenige, der thatsächliche Dienste leistet (im Gegensatze zu den juristischen, dem Eingehen von Rechtsgeschäften) und nur, soweit er solche Dienste leistet; und zwar dehnt Thöl diesen Begriff auf alle diejenigen aus, die thatsächliche Dienste leisten, weil das H. G. B. keinen ausgenommen habe. Die zur Leistung juristischer Dienste Engagierten dagegen sind für ihn, selbst wenn ein festes Dienstverhältnis vorliegt, darum doch nicht Handlungsgehülfen; sie werden es nur „noch obendrein", sind jedoch als Personen des 5. Titels von der Anwendung der Bestimmungen des 6. Titels unbedingt ausgeschlossen. Thöl[2]) stellt dann die Gesindedienste (d. s. gemeine häusliche Dienste, welche mit der Betreibung des Handelsgewerbes zusammenhängen) in Gegensatz zu den Diensten, in welchen die Betreibung des Handelsgewerbes liegt. Mit Recht bemerkt hierzu Hahn[3]), dass man darunter höchstens die zur Reinigung der Lokalitäten bestimmten Personen, Thürsteher u. dergl. zu rechnen haben würde.

Würde wohl der Gesetzgeber, wenn er nur diese Leute im Auge gehabt hätte, sich zur Aufstellung eines besonderen Artikels veranlasst gefühlt haben?

Die Forderung Thöls ist unannehmbar. Mehrere Bestimmungen des 6. Titels würden gar nicht oder nur schlecht passen, wollte man den Begriff des Handlungsgehülfen nicht in der von uns acceptierten Weise einschränken (man denke an die Bestimmungen der Art. 59, 60, 61). Die Forderung

[1]) Thöl a. a. O. § 78.

[2]) Thöl § 78 a. E.

[3]) Hahn a. a. O. Art. 65. Anm. S. 247.

Thöls steht auch aller Uebung entgegen. Wie schon die Protokolle[1]) darauf hinweisen, dass durch jene gemein bekannten Bezeichnungen diejenigen kaufmännischen Hülfspersonen getroffen werden sollten, welche im Kontor oder Handlungsgewölbe kaufmännische Dienste leisteten, so hat auch das Reichsoberhandelsgericht[2]) in zahlreichen Entscheidungen die Trennung technischer und kaufmännischer Gehülfen anerkannt und die „kaufmännische Signatur“ der Dienste als ausschlaggebend bezeichnet. Hierher wären — abgesehen von der Mitwirkung bei Handelsgeschäften — namentlich die als Buchhalter, Korrespondenten, Kassierer, Reisende bezeichneten Hülfspersonen zu rechnen.

Als zweites Kriterium ist das Vorhandensein eines vertragsmässigen Dienstverhältnisses anerkannt[3]). Nicht die Leistung einzelner Dienste, sondern das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Prinzipal und Gehülfen begründet die Eigenschaft als Handlungsgehülfe. Das treffendste Beispiel ist der Agent; trotzdem er für Andere Dienstleistungen übernimmt, tritt er doch nicht in deren Dienst; er ist selbständig, nicht Handlungsgehülfe.

Ja selbst das Vorhandensein eines Dienstverhältnisses soll die Eigenschaft als Handlungsgehülfe ausschliessen, wenn nicht das Verhältnis eines Untergebenen zu seinem Chef vorliegt[4]) (wie bei den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft).

Nicht genau ist die von Hahn[5]) gegebene Definition des Handlungsgehülfen: „Handlungsgehülfen sind solche Personen, welche in einem Handelsgewerbe angestellt sind, um kaufmännische Dienste zu leisten.“ „Anstellung“

[1]) Prot. 95.

[2]) Entsch. d. R. O. H. G. IX 92, X 66, XIV 7, XVII 66, XXIV 68. Vgl. auch Anschütz und Völderndorf, Comm. I 416 f. Busch, Archiv f. Th. u. Pr. I 79.

[3]) Behrend a. a. O. S. 312 f.

[4]) Entsch. d. R. O. H. G. V 24, VII 78, XIII 64, XIX 18. 19, XXI 121.

[5]) Hahn a. a. O. § 1 zu Art. 57.

im Handelsgewerbe ist sehr wohl möglich, ohne dass ein Dienstvertrag zu Grunde liegt. Dies ergiebt Art. 50:

> „wer in einem Laden . . . . . angestellt ist, gilt für ermächtigt, daselbst Verkäufe und Empfangnahmen vorzunehmen . . . .“

Dass die betreffende Person in einem dauernden Vertragsverhältnisse zum Prinzipale stehe, dass sie wirklich Handlungsgehülfe sei, ist nicht erforderlich[1]; vorübergehende, mitunter nur auf Tage, selbst Stunden beschränkte Anstellungen können bei Verhinderung der dauernd angestellten Personen oder bei grossem Geschäftsandrange, z. B. zu Markt- und Messzeiten häufig genug vorkommen. Hahn[2] erkennt aber gleichwohl an, dass ein vertragsmässiges Dienstverhältnis vorliegen muss.

Als ein essentiale dieses Dienstvertrages möchten wir — entgegen Busch[3] und Anschütz u. von Völderndorff[4] — die Entgeltlichkeit desselben aufstellen. Beide halten es zwar nicht für ein charakteristisches Merkmal, dass der Gehülfe gegen Entgelt Dienste leiste, und weisen auf den Volontär hin, der ohne solches diene und auch Handlungsgehülfe sei. U. E. mit Unrecht. Da der Dienstvertrag zwischen Prinzipal und Gehülfen ein wesentlich zweiseitiger Vertrag ist, so muss der Leistung des Einen eine Gegenleistung des Andern gegenüber stehen. Es ist dabei keineswegs erforderlich, dass das Entgelt in einem festen Gehalte bestehe. Als Entgelt im weitesten Sinne können Gewinnanteil (Tantième), Provision, freie Station u. A. m. gelten, und so kann auch der unter der Bezeichnung „Volontär“ dienende Gehülfe sehr wohl „Handlungsgehülfe“ sein, wenn er ein — wenn auch noch so bescheidenes Entgelt bezieht. Demjenigen aber, der ohne jegliche Vergütung dient, die Verpflichtungen des Handlungsgehülfen (ganz besonders die des Art. 59) aufzuerlegen, während ihm keine

---

[1]) Behrend a. a. O. 312. Hahn a. a. O. Anm. I § 3 zu Art. 50.
[2]) Hahn a. a. O. Vorbem. zu Art. 5 und 6. § 6.
[3]) Busch a. a. O. I 79.
[4]) Ansch. u. Völd. I 416.

Gegenleistung seitens des Prinzipales gegenüber steht, widerspricht der Billigkeit[1]). U. E. ist daher der Volontär, wie jeder ohne Entgelt dienende Gehülfe, nicht als „Handlungsgehülfe" im Sinne des H. G. B. anzusehen und daher auch von der Anwendung des Art. 59 befreit.

Die von uns vertretenen Anschauungen liegen auch dem Entwurfe eines H. G. B. zu Grunde. Der Entwurf fordert ebenfalls die Leistung kaufmännischer Dienste, vermeidet aber weiter die immerhin zweideutigen Bezeichnungen „Dienstvertrag", „Dienstverhältnis" und setzt an deren Stelle das Merkmal „gegen Entgelt angestellt". § 54 d. Entw.:

> „Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist (Handlungsgehülfe), hat . . . . . u. s. w.

Durch diese Identifizierung beider Begriffe stellt auch der Entwurf Entgeltlichkeit als essentiale des Dienstvertrages auf. Mit seiner klaren, Zweifeln nicht mehr Raum bietenden, Festlegung des Begriffes „Handlungsgehülfe" ist jedenfalls der Entwurf einem lang gehegten Bedürfnisse des Kaufmanns-, wie des Gehülfenstandes nachgekommen.

Nach dem H. G. B. gehören zu den Handlungsgehülfen auch die Handlungslehrlinge; daher unterstehen auch sie dem Verbote des Art. 59 H. G. B. Dies steht nicht im Widerspruche mit dem von uns verteidigten Satze, dass nur die Entgeltlichkeit der Dienstleistung die Eigenschaft als Handlungsgehülfe begründet; denn der Handlungslehrling steht dem Handlungsdiener insofern gleich, als auch er zu kaufmännischen Diensten herangezogen wird, nur dass bei ihm die kaufmännische Unterweisung an Stelle des Gehaltes u. s. f. als Entgelt tritt.

Der Entwurf eines H. G. B. hat das Lehrlingswesen besonders geregelt und im 6. Titel Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge begrifflich auseinander gehalten. Doch sind durch § 68 des Entw. einzelne für den Handlungs-

[1]) cfr. Behrend a. a. O. S. 317.

gehülfen aufgestellte Bestimmungen, darunter auch der für uns in Frage kommende § 56 (entsprechend Art. 59 H. G. B.), in gleicher Weise für den Handlungslehrling anwendbar erklärt, so dass — was die Anwendung unseres Verbotes angeht — Änderungen nicht eintreten werden.

3. Die Vorschrift des Art. 56, 59 wird natürlich die dadurch berührten Personen nur solange treffen, als sie die Eigenschaft als Prokurist, Generalhandlungsbevollmächtigter oder Handlungsgehülfe des Prinzipales besitzen. Anlass zu Zweifeln könnte nur die Frage bieten, ob thatsächliches oder rechtliches Bestehen des Dienst- (resp. Mandats-) Verhältnisses die Voraussetzung des Verbotes bildet.

Einen wesentlichen Unterschied dürfte dies nicht machen, was das Mandat angeht, da dieses mit dem thatsächlichen einseitigen Rücktritte des Mandatars als aufgekündigt, somit auch als rechtlich gelöst anzusehen ist (vorbehaltlich Entschädigung wegen inopportuner Lösung). Das Dienstverhältnis dagegen ist nur mit Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist rechtlich zu lösen, und wird somit — wenn selbst der einseitige Austritt des Gehülfen als Kündigung betrachtet wird — dessen Dienst bis zum Ablaufe der gesetzlich oder vertraglich festgesetzten Zeitdauer, innerhalb welcher die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist eingehalten ist, rechtlich fortbestehen.

In einer interessanten Entscheidung spricht sich indessen das R. O. H. G. dahin aus, dass das Verbot auch dann nicht mehr fortbestehen solle, wenn der Gehülfe das Verhältnis thatsächlich gelöst habe.

„Der Prinzipal eines Weingeschäftes[1]) war mehrere Jahre hindurch gefänglich eingezogen; sein früherer Gehülfe hatte alsbald nach dem Strafantritte des Prinzipales dessen Geschäft für eigene Rechnung fortgesetzt, die Firma geändert, sich zum Handelsregister als Firmeninhaber angemeldet und sich in allen Stücken als Prinzipal geriert. — Nach seiner Entlassung aus der Strafanstalt hatte der

[1]) Entsch. d. R. O. H. G. XVI No. 48. S. 169 f.

frühere Prinzipal Klage gegen ihn erhoben auf Ablieferung des gesamten inzwischen erreichten Geschäftsgewinnes, mit der Begründung, der Beklagte sei nach wie vor sein Gehülfe geblieben, da er nicht habe einseitig zurücktreten können. — Das Gericht hat die Klage zurückgewiesen, weil in dem ganzen Gebahren eine Aufhebung des Dienstverhältnisses, wenn auch nur einseitig und ohne Zustimmung des Prinzipals erfolgt, erblickt werden müsse und sonach eine Anwendbarkeit des Artikels 56 ausgeschlossen bleibe."

Diese Entscheidung beruht zwar auf dem Grundsatze des Preussischen Rechtes, dass das Dienstverhältnis als Vertrag über Handlungen jederzeit willkürlich gelöst werden könne (vorbehaltlich Entschädigung). Damit würde allerdings unvereinbar sein, dass der Prinzipal Geschäfte, welche der Gehülfe nach einseitiger Lösung des Dienstverhältnisses für eigene Rechnung gemacht hat, als die seinigen ansehe. Nach Dernburg[1]) soll dies aber auch für das gemeine Recht zutreffend sein, weil das thatsächliche Bestehen des Dienstverhältnisses als Vorbedingung der Bestimmungen des Art. 59 (56) anzusehen sei.

Wenngleich diese Ansicht um deswillen bedenklich erscheinen könnte, weil eben doch das rechtliche Bestehen des Dienstverhältnisses ausschlaggebend sein soll, so wird man ihr doch aus Zweckmässigkeits- und Billigkeitsrücksichten zustimmen müssen. Der Prinzipal ist durch das ihm zustehende Recht auf Entschädigung im Falle unzeitiger Lösung genügend gesichert; es würde auf der anderen Seite eine — vom Gesetzgeber gewiss nicht gewollte — unbillige Härte sein, wollte man dem Prinzipale seine Rechte aus Art. 56, 59 bis zum rechtlichen Ablaufe des Dienstverhältnisses geben. Man denke nur daran, dass der Gehülfe eine sich ihm plötzlich bietende Gelegenheit ergreift, sich selbständig zu machen; er verlässt den Dienst ohne Kündigung. Sollte man nun dem Prinzipale den Eintritt in sämtliche Geschäfte gestatten, die der Gehülfe bis zum

[1]) Dernburg, Preuss. Priv. R. II § 193 Anm. 7.

rechtlichen Ablauf des Dienstverhältnisses abschliesst — also unter Umständen auf Monate hinaus? — Die Unzuträglichkeit dieser Konsequenz führt u. E. dazu, nur das thatsächliche Bestehen des vorliegenden Dienstverhältnisses zur Voraussetzung des fraglichen Verbotes zu machen.

Auf der anderen Seite steht natürlich dem Prinzipale frei, das Verbot des Eigenbetriebes auch für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu stipulieren: er wird sich dabei freilich auf das Verbot eines Konkurrenzbetriebes beschränken müssen. Eine solche Vertragsbestimmung ist auch von der Praxis [1]) anerkannt — vom Entwurfe [2]) besonders vorgesehen — soweit, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird.

Dieser Fall muss aber ausscheiden bei einer Untersuchung, welche nur — wie die vorliegende — die gesetzlich festgelegten Ansprüche des Prinzipales zum Gegenstande hat.

4. Aus unserer vorhergegangenen Besprechung der Begriffe „Prokurist, Generalhandlungsbevollmächtigter und Handlungsgehülfe" geht bereits hervor, welches Verhältnis wir den Art. 56 und 59 zu einander einräumen.

Thöl [3]) stellt zwar — wie wir oben sahen — die Handlungsgehülfen streng in Gegensatz zu den Handlungsbevollmächtigten und lässt demgemäss Bestimmungen, welche für den Handlungsgehülfen gegeben sind, nie für Handlungsbevollmächtigte zur Anwendung kommen. Thöl sieht sich daher in Konsequenz seiner Lehre nicht in der Lage, einen Bevollmächtigten — und sei er auch Handlungsgehülfe — dem Verbote des Art. 59 zu unterstellen; er sieht sich daher genötigt, das Verbot des Art. 56 auf alle Bevollmächtigten auszudehnen, was dem Wortlaute des Gesetzes geradezu widerstreitet.

[1]) Bolze, Pr. d. R. G. XI. 353. Dernburg, Pr. Priv. R. I, § 78.
[2]) Entw. e. H. G. B. § 67.
[3]) Thöl, a. a. O. § 77.

Diese Scheidung Thöls ist willkürlich und auch von keiner Seite bestätigt worden. Sie beruht auf einer besonderen Auslegung des Art. 58 H. G. B., wonach ein Handlungsgehülfe an sich nicht ermächtigt ist, Rechtsgeschäfte im Namen und für Rechnung des Prinzipales vorzunehmen, dagegen, wenn er vom Prinzipale zu Rechtsgeschäften beauftragt wird, den Bestimmungen über Handlungsbevollmächtigte unterstehen soll.

Daraus lässt sich aber keineswegs ein begrifflicher Gegensatz zwischen Handlungsgehülfen und Handlungsbevollmächtigten ableiten[1]), vielmehr drückt der genannte Artikel doch nur aus, dass aus dem allgemeinen Gehülfenstande der besondere des Bevollmächtigten hervortrete. Wenn nun Art. 59 von „Handlungsgehülfen" spricht, so trifft er alle diese, ohne Unterschied, ob sie — was meistens zutrifft — eine mehr oder weniger ausgedehnte Vollmacht ihres Prinzipales besitzen. Soweit aber Art. 56 vom Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten handelt, trifft er auch diejenigen, welche — was sehr wohl der Fall sein kann — in keinem Dienstverhältnisse zu dem Prinzipale stehen[2]). In den meisten Fällen wird Art. 56 mit Art. 59 zusammenfallen, da die meisten Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten „Handlungsgehülfen" im Sinne des H. G. B. sind. Gerade für den Fall aber behält Art. 56 seine besondere Bedeutung, wenn einer Person, welche nicht Handlungsgehülfe ist, Prokura oder Generalvollmacht erteilt ist. Art. 56 und 59 schliessen sich daher nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig.

Diese Frage wird durch den Entwurf hinfällig, da dieser — wie oben ausgeführt — das Verbot des § 56 nur für Handlungsgehülfen aufgestellt hat und damit auch Prokuristen u. s. w. trifft, soweit sie „gegen Entgelt angestellt" sind, dagegen den unentgeltlich Dienenden der Beschränkung des § 56 nicht unterwirft.

---

[1]) R. O. H. G. VII. 78 S. 300. 301. Vgl. Hahn a. a. O. S. 228 f. Ansch. u. v. Völd. a. a. O. S. 417. f. 436.

[2]) R. O. H. G. XVI. 71. S. 290.

Der Kürze halber werden wir im Folgenden nur von „Gehülfen" reden, da bei der Darstellung der dem Prinzipale aus Art. 56, 59 zustehenden Ansprüche das Gleiche gilt hinsichtlich aller Personen, welche dem Verbote der genannten Artikel unterworfen sind.

B.

Der Gehülfe muss ohne Einwilligung des Prinzipales Handelsgeschäfte gemacht haben.

Bei der Beantwortung der Frage, wie diese Einwilligung zu geschehen habe, gehen wir am passendsten von der historischen Interpretation aus. Art. 56, 59 sind entstanden in Anlehnung an den Entwurf eines H. G. B. für die Preussischen Staaten. Dieser sieht bereits von einer ausdrücklichen Erlaubnis des Prinzipales, wie sie das Preussische Landrecht[1]) gefordert hatte, ab, und hält es für genügend, wenn die Genehmigung aus den Umständen unzweifelhaft gefolgert werden kann. Allerdings forderte der preuss. Entwurf[2]) ein ausdrückliches Begehren des Prinzipales, den Betrieb aufzugeben. Nachdem anfänglich ein Antrag, dies Wort zu streichen, abgelehnt war[3]), wurde doch schliesslich die jetzige Fassung angenommen.

Hieraus ist klar der Wille des Gesetzgebers zu erkennen, dass er eine ausdrückliche Willenserklärung überall nicht mehr für erforderlich hält, dass vielmehr die Einwilligung auch formlos erteilt werden kann. Insbesondere soll der Wille des Prinzipales, seine Einwilligung zum Geschäftsbetriebe des Gehülfen erteilen zu wollen, angenommen werden, falls er trotz Kenntnis nicht widerspricht. Das Gesetz hebt einen besonderen Fall heraus, nämlich: dass der Prinzipal bei Anstellung des Gehülfen (resp. Erteilung der Prokura oder Generalvollmacht) wusste, dass sein Angestellter für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte

[1]) A. L. R. Th. II Tit. 8 § 523.
[2]) Motive S. 35.
[3]) Prot. 963. 975.

betreibe. Seine Einwilligung soll dann angenommen werden, wenn er die Aufgabe des Betriebes nicht bedungen hat. Diese Bestimmung des Gesetzes kann nur als exemplifizierend dafür angesehen werden, dass die Einwilligung formlos geschehen kann.

Also auch dann, wenn der Prinzipal später von dem verbotswidrigen Betriebe des Gehülfen erfährt, muss aus dem Unterlassen eines diesbezüglichen Verbotes auf eine Einwilligung geschlossen werden. Natürlich ist die Frage nach dem Vorhandensein der Einwilligung im einzelnen Falle quaestio facti.

Aufzuwerfen wäre wohl die Frage, wann resp. wie lange der Prinzipal es unterlassen haben muss, den Betrieb zu verbieten?

Handelt es sich um einen neu antretenden Gehülfen, so ist naturgemäss entscheidend, dass der Prinzipal bei der Anstellung bezw. Erteilung der Vollmacht unterlassen hat, seinen Willen kund zu geben. Erfährt der Prinzipal erst nachträglich von diesem Betriebe, so ist erforderlich, dass er während einer angemessenen Frist geschwiegen hat; wie lang dieselbe im konkreten Falle zu bemessen sei, ist Sache des richterlichen Ermessens.

Nach Wendt[1]) soll „diese voluntatis interpretatio genauer ausgedrückt, nicht sowohl auf positive Zustimmung und Genehmigung, als auf das Geschehenlassen und Nichtwidersprechen zu richten sein". Begründend führt Wendt an, dass das römische Recht in ähnlicher Weise den Nachdruck auf das nonc ontradicere und pati gelegt hat; er weist auf die actio tributoria[2]) und actio exercitoria s. intitoria[3]) hin,

---

[1]) Wendt a. a. O. S. 255.

[2]) l. 1. § 3. de trib. act. 14,4. Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem; sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam, non enim velle debet dominus sed non nolle; si igitur scit et non protestatur et contradicit, tenebitur actione tributoria.

[3]) l. 1. § 5. de exerc. act. 14,1. Magistrum autem accipimus, quem exercitor praeposuit; si scit et passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum praeposuisse videtur.

führt ferner an, dass die Ausdrucksweise des Art. 56 die nämliche ist, wie die der römischen Juristen und behauptet endlich, „nicht die Fiktion einer nicht vorhandenen Einwilligung giebt den Ausschlag, sondern das wirklich vorhandene Geschehenlassen, die patientia."

U. E. stellt das H. G. B. in allen Fällen Alles auf eine Einwilligung des Prinzipales ab. Art. 56 Abs. 2 sagt ausdrücklich: „Eine Einwilligung ist schon dann anzunehmen, wenn . . . ." Es ist nicht einzusehen, warum man mit Wendt Zweifel hegen soll, „ob das richtig ausgedrückt ist." Aus dem Wortlaute des Gesetzes ergiebt sich gerade, dass es hier von einer Fiktion der Einwilligung ausgeht. Der Prinzipal, welcher geschwiegen hat, obwohl er reden konnte, wird nicht gehört, wenn er nachträglich erklärt, er habe innerlich stets protestiert. Anders sind u. E. auch die zitirten römischen Gesetzesstellen nicht auszulegen; sie geben uns lediglich eine Interpretationsregel in die Hand.

Zur Begründung unserer Auffassung mag hier auch die römische Lehre über den Vertragsabschluss herangezogen werden. Wer einen Vertrag als nicht geschlossen ansehen will, weil ihm der Wille, denselben zu schliessen, gefehlt habe, wird, wenn er zum Beweise hierfür sich auf eigene culpa lata beruft, nicht gehört.[1])

Auch hier ist dieselbe Erscheinung, dass ein thatsächlich nicht vorhandener Wille fingiert wird, weil das Verkehrsinteresse erfordert, dass man den, der nicht gewollt hat, mit dem Beweise für das Fehlen seines Willens ausschliesst.

Als selbstverständlich ist es anzusehen, dass, wenn dem Prinzipale aus rechtlich beachtlichen Gründen unmöglich war, seinen Widerspruch kund zu thun, aus der Unterlassung der Erklärung nichts gefolgert werden kann. Wie weit im Einzelnen die Einwilligung des Prinzipales geht, richtet sich nach seiner Kenntnis im einzelnen Falle.

[1]) l. 15. § 1. D. de contr. emt. 18. 1; l. 12. D. de transact. 2, 15. Zitelmann, die jur. Willenserkl. Arch. f. civ. Pr. 63. S. 432. Windsch., Pand. I. § 75.

Handelt es sich um ein einzelnes Geschäft des Gehülfen, und schweigt der Prinzipal zu diesem, so gilt eben dies einzelne Geschäft, nicht aber ein folgendes als genehmigt. Liegt jedoch ein Geschäftsbetrieb des Gehülfen vor, so gilt der ganze Betrieb nur dann als genehmigt, wenn der Prinzipal um den ganzen Betrieb als solchen gewusst hat. Dann bedarf es aber auch natürlich keiner besonderen Einwilligung mehr zu späteren, einzelnen, innerhalb dieses Betriebes erfolgenden Geschäften. Kannte der Prinzipal aber aus dem Geschäftsbetriebe nur ein einzelnes Geschäft, so kann nur dieses, nicht aber auch der unbekannte Betrieb als ganzer genehmigt gelten.

Wesentlich vereinfacht wird die Frage durch den Entwurf[1]. Hiernach gilt die Einwilligung „als erteilt, wenn dem Prinzipale bei der Anstellung des Gehülfen bekannt ist, dass dieser Handel treibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebes nicht ausdrücklich vereinbart."

Hierdurch wird also ausdrücklich eine Fiktion der Einwilligung statuiert für jeden Fall, wo nicht eine ausdrückliche gegenteilige Vereinbarung getroffen ist. Dies Erfordernis wird auch aufzustellen sein für den Fall, dass der Prinzipal nachträglich von dem Geschäftsbetriebe Kenntnis erhält. Für die etwaige Frist, innerhalb welcher diese Vereinbarung zu treffen sei, wird auch hier das oben Gesagte massgebend sein.

C.

Der Gehülfe darf weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.

1. Für eigene Rechnung. Daher ist ihm nicht verboten, im eigenen Namen zu kontrahieren; er kann sehr wohl im eigenen Namen und doch für Rechnung des Prinzipales kontrahieren. Es wird eben alles abzustellen sein auf den Willen des Gehülfen. Da aber die Willens-

[1]) Entw. e, H. G. B. § 55. Abs. 2.

richtung nur aus der äusseren Kundgebung zu erkennen ist, so ist Folgendes zu beachten: Wer im eigenen Namen kontrahiert, kontrahiert präsumtiv für eigene Rechnung und erscheint so lange als „für eigene Rechnung" kontrahierend, als er nicht zu erkennen giebt, dass dies nicht sein Wille ist.

Sonach muss der Gehülfe, welcher im eigenen Namen, aber für Rechnung des Prinzipales abschliessen will, diesen seinen Willen bei Abschluss des Geschäftes oder sofort darnach zu erkennen geben. Andernfalls muss er sich gefallen lassen, selbst vom Gegenkontrahenten in Anspruch genommen zu werden, und kann auch dem, seine Rechte aus Artikel 56, 59 geltendmachenden Prinzipale wirksam keine Einrede entgegensetzen, da sein Schweigen als nicht beachtliche Mentalreservation anzusehen sein würde.

Der Gehülfe braucht aber nicht im eigenen Namen kontrahiert zu haben; es ist ihm auch verboten, im Namen eines Dritten für eigene Rechnung abzuschliessen oder für sich abschliessen zu lassen.

2. Für Rechnung eines Dritten. Auch hier ist es gleichgiltig, in wessen Namen der Gehülfe abschliesst, ob in eigenem oder im Namen des Dritten. Wiederum greift die Präsumtion Platz, dass der Gehülfe für eigene Rechnung abschliessend erscheint, wenn er in eigenem Namen abschliesst, ohne zu erkennen zu geben, dass er für Rechnung eines Andern handle. Hieraus ergiebt sich von selbst[1]), dass „im Streitfalle die Klage des Prinzipales auf Grund des Eintrittsrechtes schon durch die Thatsache begründet ist, dass der Gehülfe in eigenem Namen kontrahiert hat; es ist alsdann Sache der Einrede, darzuthun, dass der Abschluss für fremde Rechnung erfolgt ist." Streng genommen hätte der Prinzipal zum Beweise seiner Klage auf Eintritt darzuthun, dass der Gehülfe für eigene Rechnung abgeschlossen habe; hier hilft ihm die Präsumtion, welche aus Gründen der Billigkeit das strenge Prinzip der Beweislastverteilung modifiziert.

---

[1]) cfr. Behrend a. a. O. § 45 S. 325 Anm. 48.

Wie schon erwähnt, steht dem Prinzipale ein Schadenersatzanspruch auf Grund des vom Gehülfen für eigene oder fremde Rechnung unternommenen Geschäftsbetriebes zu, das Recht des Eintrittes dagegen nur bezüglich derjenigen Geschäfte, welche der Gehülfe für eigene Rechnung geschlossen hat.

Nicht als Geschäft für „eigene Rechnung“ sieht nun die Praxis[1]) die Vermittlungsthätigkeit des Gehülfen an, und entzieht daher dem Prinzipale die Möglichkeit, durch Eintritt die Provision an sich zu ziehen.

Als Argument wird hauptsächlich angeführt, dass das Gesetz, wenn es in Art. 56 von Geschäften „für eigene“ und „für fremde“ Rechnung spreche, das Gewicht nur auf das abgeschlossene Hauptgeschäft und dessen Wirkungen lege, nicht aber auf die anzusprechende Provision. Sei ein Handelsgeschäft nun als für fremde Rechnung geschlossen zu betrachten, so müsse es im Ganzen von der nur Handelsgeschäfte „für eigene Rechnung“ betreffenden Bestimmung des Art. 56 (59) ausgeschlossen sein. Unzulässig sei es, dasselbe Geschäft in zwei Teile zu zerlegen, und den Provisionsbezug vom Hauptgeschäfte zu lösen; es würde dann der Gegensatz zwischen Geschäft „für eigene“ und „für fremde Rechnung“ ganz verwischen und an dessen Stelle der Gegensatz zwischen Geschäft „mit eigenem“ und „ohne eigenen Vorteil“ treten. Eine in jenem Sinne beabsichtigte Wirkung hätte im Gesetze besonderen Ausdruck finden müssen, etwa:

> „Er kann Ersatz des verursachten Schadens und Herausgabe des erzielten Gewinnes fordern. Auch muss u. s. w. . . .“

Diesen Argumenten ist beizupflichten, wenngleich nicht übersehen werden soll, dass ein prinzipieller Unterschied besteht zwischen dem „vermittelten Geschäfte“ und dem „Vermittlungsgeschäfte“ (d. h. der Vermittlungsthätigkeit

[1]) R. G. Entsch. VIII S. 49 f.

und dem Ausbedingen der Provision[1]), welch letzteres der Gehülfe doch für eigene Rechnung macht. Zum Mindesten liegt die Gefahr einer Schädigung für den Prinzipal in nicht minder hohem Grade vor, wenn der Gehülfe für fremde, als wenn er für eigene Rechnung kontrahiert.

Es besteht daher eine fühlbare Lücke im Gesetz insofern, als der Gehülfe Geschäfte für Rechnung Dritter in vielen Fällen ungestraft (sofern nämlich der Prinzipal einen Schaden nicht nachweisen kann) schliessen darf.

Der Entwurf[2]) füllt diese Lücke dankenswerter Weise aus, indem er (in der vom R. G. angedeuteten Form) dem Prinzipale das Recht giebt, zu verlangen:

> Dass der Gehülfe die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

D.

Der Gehülfe darf keine „Handelsgeschäfte“ machen. Also nur, wenn ein solches vorliegt, kann das Verbot und damit eine weitere Verbotsfolge in Frage kommen.

Was nun „Handelsgeschäfte“ sind, besagen die Art. 271, 272 H. G. B. Danach wird der Abschluss eines der in Art. 271 limitativ aufgeführten (sog. objektiven) Handelsgeschäfte schlechthin unter das Verbot fallen; die in Art. 272 aufgezählten (sog. subjektiven) Handelsgeschäfte dagegen werden nur dann, wenn gewerbsmässiger Betrieb seitens des Gehülfen vorliegt, als „Handelsgeschäfte“ im Sinne des H. G. B. aufzufassen und damit unter das Verbot der Art. 56, 59 zu stellen sein.

Zweifel könnten nun hier entstehen bezüglich der Frage, ob das Vorliegen eines „Handelsgeschäftes“ überhaupt, oder nur das Vorliegen eines solchen, das auf Seite des Gehülfen „Handelsgeschäft“ ist, Voraussetzung des Ver-

---

[1]) Hahn, a. a. O. § 5. Not. 9.

[2]) Entw. e. H. G. B. § 56.

botes bildet. Die letztere Alternative ist unbedenklich als richtig anzunehmen; wir müssen den Begriff „Handelsgeschäfte“ hier einschränkend interpretieren.

Denn wenn sogar Geschäfte, die nur auf Seite des Gegenkontrahenten Handelsgeschäfte sind, verboten sein sollten, würde der Gehülfe sich nichts in einem Kaufmannsgeschäfte für seine eigenen Bedürfnisse kaufen dürfen. So absurd diese Konsequenz wäre, so notwendig wäre sie auch. Wir dürfen davon ausgehen, dass der Gesetzgeber an die Möglichkeit einer derart weitgehenden Beschränkung nicht gedacht und darum derselben garnicht Erwähnung gethan hat.

Es treten also die Verbotsfolgen ein, wenn der Gehülfe — unter Hinzutritt der vorher besprochenen Voraussetzungen — für eigene Rechnung ein Geschäft gemacht hat, welches auf seiner Seite Handelsgeschäft ist. Wir sprechen hier nur von dem Erfordernisse des Vorliegens eines „Handelsgeschäftes“ als der allgemeinen Voraussetzung des Verbotes. Der Fall, dass thatsächlich der Prinzipal in ein solches in Ausnahmefällen nicht eintreten kann, wie z. B. wenn ein Geschäft vorliegt, welches er nicht erfüllen kann, werden wir bei dem Abschnitte von der Ausübung des Eintrittsrechtes besprechen; bemerkt sei hier gleich, dass in einem solchen Falle die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches nicht berührt wird.

So hart nun die Fassung des Verbotes auf der einen Seite auch ist, so wenig durchgreifend ist sie auf der anderen. Hart ist sie, weil auch kleine Gelegenheitsgeschäfte, welche weder Konkurrenz, noch Entziehung der Arbeitskraft im Gefolge haben, ausnahmslos dem Verbote unterstehen. Selbst die Anlegung des eigenen Vermögens in Papieren wird dem Gehülfen — sofern sie in Spekulationsabsicht geschieht — verboten.

Lax auf der anderen Seite ist die Bestimmung, weil sie Beschäftigungen des Gehülfen, welche u. U. viel zeitraubender sind, den Gehülfen weit mehr von seiner Dienstpflicht ablenken, nicht treffen kann (man denke an den Abschluss von Geschäften des Art. 272, falls ein Einzel-

geschäft vorliegt; man denke namentlich an die Spekulation in Immobilien).

Bedenkt man, was die ratio legis ist: zu verhüten, dass der Gehülfe durch den Betrieb von Geschäften dem Prinzipale seine Aufmerksamkeit und Thätigkeit entzieht (von Konkurrenz gar nicht zu reden), so wird man zugeben müssen, dass dieser ratio durch die Fassung des Gesetzes nur unvollkommen Rechnung getragen ist. Durch die mannigfachsten Nebenbeschäftigungen kann der Gehülfe seine Thätigkeit dem Geschäfte weit mehr, als durch Handelsbetrieb, entziehen, z. B. wenn er die Nächte mit Buchführung und Schreibarbeiten für Andere zubringt und dann am Tage dem Geschäfte seines Prinzipales teilnahmslos gegenübersteht.

Aber ein so allgemeines Verbot jeder Nebenbeschäftigung würde ins Unendliche und noch mehr zu Härten führen. Das H. G. B. musste sich auf das Nächstliegende beschränken: auf das Verbot von Handelsgeschäften. Gegen Schädigung durch sonstige Nebenbeschäftigungen des Gehülfen muss es Sache des Prinzipales bleiben, sich durch Kautelen bei Eingehung des Vertrages zu sichern. Nicht ausser Acht zu lassen ist hierbei, dass der Prinzipal ja, wenn der Dienst wirklich nachweisbar unter Nebenbeschäftigungen des Gehülfen leidet, eventuell durch Entlassung[1]), jedenfalls aber durch Kündigung und — soweit zu substantiieren — Schadenersatzanspruch sich einigermassen sicher stellen kann.

Mit Recht wird man dann aber auch sagen können: Ist das Verbot der Art. 56, 59 doch nicht durchgreifend, und ist der Prinzipal doch auf besondere Stipulationen angewiesen, dann steht auch nichts im Wege, die Bestimmungen noch insoweit zu mildern, als unbillige Härten bestehen. Dieser Standpunkt kommt im neuen Entwurfe[2]) zum Ausdrucke; er bestimmt: „Der Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipales weder für eigene, noch für fremde Rechnung Handel treiben“. Diese Fassung ist

[1]) Art. 62.

[2]) Entw. § 55 Abs. 1. Denkschr. z. Entw. S. 58.

nicht allein mit Rücksicht auf die Begriffsbestimmung „Handelsgeschäfte", wie sie sich nach § 315 in Verbindung mit §§ 1 ff. des Entwurfes ergiebt, sondern auch gerade aus Billigkeitsrücksichten gewählt; sie setzt den Richter in die Lage, die Umstände des einzelnen Falles in ausreichender Weise zu berücksichtigen, und entgeht dem Vorwurfe der Härte, da ein Handelsbetrieb immer den Dienst ernstlich benachteiligt und darum mit Fug verboten wird.

An dieser Stelle wollen wir nicht unterlassen, zu betonen — woran übrigens ernstlich nie gezweifelt ist — dass die vom Gehülfen verbotswidrig geschlossenen Geschäfte dessenungeachtet gültig sind.

Es bedürfte dazu nicht erst des Hinweises auf die Protokolle[1]), welche die Gültigkeit ausdrücklich betonen, nicht auch des Hinweises auf Art. 276 H. G. B.[2])

Schon der Wortlaut des Art. 56 hebt einen diesbezüglichen Zweifel. Im Absatze 3 stellt das Gesetz selbst die Folgen des Verbotes fest und räumt dem Prinzipale den „Eintritt" in die „gemachten" Geschäfte ein. Wie könnte von einem Eintritte in nichtige Geschäfte die Rede sein? Deren Gültigkeit bildet ja die erste Voraussetzung der weiteren Gesetzesbestimmungen; abgesehen davon würde der Gesetzgeber diese Folge besonders ausgesprochen haben.

Selbst ein Grund zur Anfechtbarkeit ist an sich nicht ersichtlich; die Art. 56, 59 regeln lediglich die Rechtsverhältnisse zwischen Prinzipal und Gehülfen; vom Dritten ist überall nicht die Rede. Das interne Verhältnis zwischen Prinzipal und Gehülfen aber muss dem Dritten gleichgültig bleiben, und mit Recht wird man die Einrede des Dritten, dass es ja seinem Kontrahenten untersagt gewesen sei,

---

[1]) Prot. 1425

[2]) Art. 276: „Die Eigenschaft oder die Gültigkeit eines Handelsgeschäftes wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass einer Person wegen ihres Amtes oder Standes, oder aus gewerbepolizeilichen oder anderen ähnlichen Gründen untersagt ist, Handel zu treiben oder Handelsgeschäfte zu schliessen."

Handelsgeschäfte zu machen, als unzulässige exceptio de iure tertii zurückweisen[1]).

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit können nur aus allgemeinen Gründen, als Zwang, Irrtum, Betrug, statthaben und diese Fälle müssen bei unserer Betrachtung von vornherein ausscheiden; nicht sowohl, weil für unsern Fall keine Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes eintreten würden, als auch, weil sie einen Teil unserer Untersuchung — soweit von „Eintritt" die Rede ist — gegenstandslos machen würden.

Diese Frage würde überhaupt einer Erörterung kaum bedürfen, wenn nicht Anschütz u. v. Völderndorff[2]) eine diesbezügliche Andeutung gemacht hätten; sie sagen nämlich von dem Dritten, der die Gehülfeneigenschaft seines Kontrahenten nicht gekannt hat, „es ist in diesem Falle kein Rechtsgrund gegeben, welcher dahin führen könnte, den in gutem Glauben Handelnden an ein vom Gesetze verbotenes Geschäft zu binden und ihm einen anderen als den gewollten Gegenkontrahenten aufzunötigen. Er kann deshalb das Geschäft als ungültig erklären und davon abgehen."

Dass sich der Dritte einen neuen Gegenkontrahenten — wenigstens als Schuldner — nicht aufnötigen zu lassen brauche, ist unstreitig zutreffend; aber warum sollte der Dritte „deshalb" das Geschäft als ungültig erklären können? An sich liegt doch hierfür nach den oben ausgeführten Gesichtspunkten — die Ansch. u. v. Völd. übrigens an anderer Stelle[3]) für den analogen Fall des Art. 97 völlig anerkennen — kein Grund vor.

Anders natürlich liegt der Fall, wenn allgemeine Anfechtungsgründe vorliegen. Irrtum über die Person des Gegenkontrahenten[4]) aber ist — weil unwesentlich —

---

[1]) Busch, Arch. Bd. III. S. 113.

[2]) Ansch. u. v. Völd. a. a. O. I. S. 414.

[3]) Ansch. u. v. Völd. a. a. O. II. S. 169, 170.

[4]) L. 14. § 3 D. de in diem addict. 18. 2. (Hier wird der Irrtum über die Sklaveneigenschaft eines Kontrahenten für irrelevant erklärt).

irrelevant; und auch die Erregung dieses Irrtumes muss irrelevant sein, sofern nicht der Gehülfe gewusst hat, der Gegenkontrahent hätte in Kenntnis seiner Gehülfeneigenschaft nicht abgeschlossen. Dieser dolus causam dans würde freilich Grund zur Anfechtung sein. Zu bedenken ist aber, dass der Gehülfe in seiner Handlungsfähigkeit nach Aussen keineswegs behindert, dass er nicht im Können, sondern im Dürfen dem Prinzipale gegenüber beschränkt ist, und man wird darum das Vorliegen eines dolus ohne Weiteres nicht annehmen dürfen. Liegen aber allgemeine Anfechtungsgründe vor, so werden sich die Folgen derselben für unsern Fall nicht anders gestalten, als für jedes Rechtsgeschäft.

Wird Nichtigkeit die Folge sein, so kann von Eintritt selbstverständlich nicht gesprochen werden; der Schadenersatzanspruch des Prinzipales bleibt indessen bestehen. Anfechtbarkeit an sich wird aber beiden Rechten des Prinzipales so lange nicht entgegenstehen, als nicht der Berechtigte anficht; dann allerdings wird der Prinzipal nur auf den Schadenersatz angewiesen sein.

IV. Kontrakts- oder Deliktsansprüche?

Bevor wir jetzt auf die Einzelbesprechung der dem Prinzipale aus dem verbotswidrigen Abschlusse erwachsenden Rechte eingehen, müssen wir uns klar werden, welcher Art diese Ansprüche sind. Wir müssen (um uns an die römische Einteilung der Obligationen anzuschliessen) uns fragen, ob der Anspruch des Prinzipales ex delicto oder ex contractu entspringt. Diese Frage ist identisch mit der Frage, wie sich das dem Verbote zuwider gehende Verhalten des Gehülfen charakterisiert. Begeht der Gehülfe, welcher für eigene oder fremde Rechnung abschliesst, ein Delikt- oder eine einfache Rechtsverletzung[1])?

[1]) Windscheid Pand. § 101.

Beide Ansichten finden wir in der Literatur vertreten; U. E. ist aber ein Delikt ausgeschlossen. Zwar sagt Lastig [1]) in einem dem unseren analogen Falle: „Durch Übertretung des Konkurrenzverbotes verletzt der delinquierende Gesellschafter die ex lege jedem Mitgliede einer offenen H. G. obliegende Pflicht und gefährdet, resp. schädigt die gemeinwirtschaftlichen Interessen seiner Genossen. Dieses sein Delikt erzeugt zwischen ihm und jedem seiner Genossen ein Obligationsverhältnis. . . .“

Auch in seiner weiteren Ausführung spricht er stets von dem „delinquierenden“ Gesellschafter. Dem ist kaum beizutreten, denn nicht alles, was vom Gesetze verboten ist, muss ein Delikt sein. Ist nicht eine jede Verletzung einer Kontraktspflicht im Grunde auch vom Gesetze verboten, wenn auch nicht durch ausdrückliches Verbot?

Es müssen andere Kriterien massgebend sein. Ein Delikt kann u. E. nur sein, was Interessen der Allgemeinheit verletzt, nicht aber, was lediglich ein subjektives Recht schädigt. Wer ein furtum begeht, verletzt das subjektive Recht des Eigentümers; daneben setzt er sich aber auch in Widerspruch mit dem Interesse, das die Allgemeinheit daran hat, dass das Eigentum gegen unberechtigte Eingriffe geschützt sei.

Auch darf man sich nicht an den Wortlaut des Gesetzes klammern und behaupten, dass, weil einmal ein ausdrückliches Verbot aufgestellt sei, daraus mit Notwendigkeit folge, dass die Zuwiderhandlung nun ein Delikt darstelle. Nur der Wille des Gesetzes ist ausschlaggebend.

Ein Interesse der Allgemeinheit aber daran, dass der Gehülfe nicht für eigene oder für Rechnung Dritter Geschäfte schliesst, besteht nicht [2]) und das Gesetz will ein solches auch nicht schützen. Man könnte hier etwa daran denken, das Gesetz wolle verhindern, dass der unfähige Lehrling oder der minder erfahrene Gehülfe, welchen beiden auch wohl

[1]) Lastig i. Endem. Hdb. S. 376.

[2]) Vergl. Behrend a. a. O. S. 325 Anm. 46.

meistens nicht die nötige Solvenz zur Seite steht, die Sicherheit des Geschäftsverkehres gefährden. Gegen die hieraus erwachsenden Schäden mag sich aber der Gegenkontrahent selbst schützen.

Der Gesichtspunkt des Gesetzes ist ein ganz anderer. Es geht davon aus, dass der Gehülfe verpflichtet ist, dem Prinzipale seine volle Thätigkeit zu weihen, ihm auch keine schädigende Konkurrenz zu machen. Vergeht sich der Gehülfe gegen diese seine Verpflichtung, so setzt er sich in Widerspruch mit dem korrespondierenden Rechte des Prinzipales; deswegen ist der Abschluss unerlaubt. Und dass lediglich das Interesse des Prinzipales zu dem Verbote geführt hat, geht nicht zuletzt daraus hervor, dass die Einwilligung des Prinzipales dasselbe aufhebt[1]).

Zu weit würde es auf der anderen Seite u. E. gehen, wenn man mit Brinckmann den Geschäftsbetrieb für eigene resp. dritte Rechnung als mit der einfachen Dienstpflicht des Gehülfen in Widerspruch stehend auffassen würde. Nach Brinckmann[2]) soll es als Verschulden gegen die zu prästierende Diligenz erscheinen, wenn Jemand, im Dienste des Prinzipales stehend, für eigene Rechnung oder für die eines Dritten Geschäfte macht. Ebenso soll es als Verletzung der von dem Mandatar zu prästierenden Diligenz erscheinen, wenn dieser auf eigene Rechnung Geschäfte macht.

Aus der loc. conduct. operarum oder dem der Prokura resp. Generalhandlungsvollmacht unter Umständen zu Grunde liegenden Mandate kann aber eine so weitgehende Verpflichtung nicht folgen; so ausdehnend kann man die zu prästierende omnis diligentia nicht auslegen. Denn aus dem Kontrakte an und für sich kann man dem Gehülfen noch nicht verbieten, in seinen freien Stunden zu thun, was er will. Wohl aber spricht sich in der Brinckmann'schen Lehre das schon damals gefühlte Bedürfnis nach einer solchen Erweiterung der Kontraktspflichten aus.

[1]) Wendt a. a. O. S. 255.

[2]) Brinckmann, Lehrb. d. H. R. § 119. S. 455. § 120. S. 457.

Diese Verpflichtung, seine volle Thätigkeit dem Prinzipale zu widmen, zu unterlassen, für eigene oder fremde Rechnung zu kontrahieren, lehnt sich an die kontraktlichen Verpflichtungen an. Das im H. G. B. ausdrücklich ausgesprochene Verbot stellt sich daher als eine gesetzliche Erweiterung dieser Pflichten und der entsprechenden Rechte des Prinzipales dar. Sonach — um das Resultat kurz zusammen zu fassen — ist der Anspruch des Prinzipales ein Anspruch quasi ex contractu und ist zu verfolgen mit einer der Kontraktsklage analogen Klage. Zu demselben Resultate gelangt Laband[1]).

V. Das Recht auf Schadenersatz insbesondere.

Die dem Gehülfen durch Art. 56, 59 auferlegte Verpflichtung zur Schadenersatzleistung kann irgendwelche Besonderheiten nicht haben; es sind vielmehr die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen und Handels-Rechtes massgebend.

Darnach hat der Gehülfe den durch seine Handlung schuldhafterweise veranlassten Schaden zu ersetzen. Beweist sonach der Gehülfe, dass er bona fide das Geschäft abgeschlossen hat, so kann von Ersatz des Schadens nicht die Rede sein. Möglich ist dies freilich nur, wenn der Gehülfe auf Grund entschuldbaren Irrtumes annahm, dass die Voraussetzungen des Verbotes nicht gegeben waren. Der wichtigste Fall wäre, dass der Gehülfe in entschuldbarem Irrtume annahm, mit Einwilligung des Prinzipales zu handeln. Doch ist zu betonen, dass entschuldbarer Irrtum dann natürlich nicht vorliegt, wenn der Gehülfe das Verbot nicht kannte; der error iuris kann ihm niemals nützen.

Streng genommen müsste nun der Prinzipal, da er die sämtlichen Grundlagen seines Anspruches auf Schadenersatz zu beweisen hat, die Kausalität sowohl, als die Zurechnung zur Schuld darthun. Letztere wird aber zu

[1]) Laband i. Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. H. R. Bd. 10. Seite 203.

präsumieren sein, so dass es Sache des Gehülfen ist, dem klagenden Prinzipale gegenüber excipiendo seine Schuldlosigkeit zu erweisen.

Was die Berechnung des Schadens selbst angeht, so wird derselbe dargestellt durch das Interesse des Prinzipales an der Unterlassung des unerlaubten Geschäftsbetriebes. Der Gehülfe haftet für die Ausgleichung der schädigenden Folgen, welche dem Prinzipale durch seinen (des Gehülfen) Abschluss erwachsen sind. Er hat die Differenz zwischen der Vermögenslage des Prinzipales, wie sie sich gestalten würde, wenn das fragliche Geschäft nicht geschlossen worden wäre, und wie sie ist nach Abschluss desselben, zu ersetzen.

Das „Interesse“ besteht nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes, dem sich das H. G. B. im Art. 283 anschliesst, in dem wirklichen Schaden (damnum emergens) und dem Gewinne, welcher dem Prinzipale entgangen ist (lucrum cessans). Hiernach leuchtet schon als selbstverständlich ein, dass der Schadenersatz nicht etwa in der Ausantwortung des vom Gehülfen erzielten Gewinnes besteht, denn dieser könnte höchstens das lucrum cessans darstellen; häufig jedoch wird das lucrum cessans ein höheres, immer überdies das damnum emergens zu ersetzen sein. Die gemeinrechtliche Einschränkung auf das alterum tantum ist zwar durch Art. 283 H. G. B. im Prinzip aufgehoben, indessen hat sie für unseren Fall keine Bedeutung, weil hier von einem bestimmten Werte des Obligationsgegenstandes keine Rede sein kann, und nur in diesem Falle eine Beschränkung auf das alterum tantum Platz greift.

Nach allgemeinen Grundsätzen ist nicht nur der als unmittelbare und notwendige Folge des Geschäftsabschlusses eingetretene Nachteil, sondern auch der nur unter Hinzutritt neuer Thatsachen entstandene zu ersetzen. Z. B. der Prinzipal hat die Lieferung einer Waare übernommen, und es ist ihm infolge Abschlusses seitens des Gehülfen nur möglich, die Waare sich für 105 — und zwar verspätet — zu verschaffen, die er sonst für 100 nachweislich hätte haben können.

Infolgedessen hat der Gehülfe zunächst den Schaden mit fünf zu ersetzen; aber auch eine etwa fällig gewordene Konventionalstrafe hat der Gehülfe ebenso zu ersetzen, wie die sonstigen durch die Verzögerung dem Prinzipale entstehenden Nachteile. Vielleicht mag hier erwähnt werden, dass kaum durch einmaligen Abschluss eines Geschäftes, wohl aber durch fortgesetzten eigenen Betrieb des Gehülfen die Thätigkeit desselben in einer gegen die Dienstpflicht verstossenden Weise dem Prinzipale entzogen wird. Den hieraus entstehenden Schaden kann der Prinzipal schon auf Grund des reinen Dienstverhältnisses (Mandats) geltend machen, und es bedurfte hierzu nicht erst der besonderen Statuierung einer Schadenersatzverbindlichkeit durch das H. G. B.

Im Einzelnen muss hier auf die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes verwiesen werden, auf die wir hier allgemein Bezug nehmen.

Der Zeitpunkt für die Schadenberechnung ist — wie regelmässig — der Zeitpunkt des angestrengten Prozesses. So einfach sich nun die abstrakte Berechnung des Schadens gestaltet, so schwierig kann im einzelnen Falle die konkrete Berechnung sein.

Jedenfalls gehört, wenn der Prinzipal auf Schadenersatz klagt, es zur Substantiierung seiner Klage, dass er auch die Höhe desselben nachweist. Die Wirkungen des ihm fremden Geschäftes kann er aber nicht nachweisen, wenn man ihm nicht einen Einblick in dasselbe gestattet. Demnach muss man, um das Recht auf Schadenersatz nicht illusorisch zu machen, dem Prinzipale einen Anspruch und eine Klage auf Rechnungslegung [1]) gegen den Gehülfen geben. Dann wird es auch meistens dem Prinzipale möglich sein, seinen Schaden genau zu berechnen. Soweit auch hierdurch noch eine genaue Substantiierung nicht möglich sein sollte, greifen die Bestimmungen der C. P. O. § 260 ein, wonach, wenn es streitig ist, ob ein Schaden entstanden sei und wie

[1]) Bolze, Prax. d. R. G. i. Civ. S. Bd. VIII. No. 543.

hoch sich das Interesse belaufe, das Gericht nach freier Überzeugung unter Würdigung aller Umstände entscheidet, auch dem Gerichte anheim gegeben ist, den Prinzipal zur eidlichen Schätzung seines Interesses zuzulassen.

VI. Das Eintrittsrecht insbesondere.

A.

Wir haben im vorigen Kapitel gesehen, dass das Recht auf Schadenersatz nur dann praktisch werden kann, wenn der Prinzipal einen Schaden nachzuweisen vermag. Von diesem Nachweise unabhängig ist dem Prinzipale noch ein weiteres Recht eingeräumt, ein Recht, welches an sich in jedem Falle anwendbar ist, wo der Gehülfe für eigene Rechnung Geschäfte gemacht hat:

> „Der Gehülfe muss sich auf Verlangen des Prinzipales gefallen lassen, dass die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipales geschlossen angesehen werden."

Diese Fassung lässt nun weder ersehen, was dieses Recht eigentlich bedeute, noch gegen wen es bestehen solle. Es hat nicht an Versuchen gefehlt, zur Erklärung dieses Rechtes Vergleiche mit anscheinend ähnlichen Rechtsinstituten heranzuziehen; in Frage kommen in dieser Beziehung hauptsächlich die Vergleiche mit der Stellvertretung, dem notwendigen Rechtserwerb der Gewaltuntergebenen für den Gewalthaber, und negotiorum gestio.

Ueber die Unzuträglichkeit des ersteren Vergleiches werden wir unten besonders zu handeln haben. Aber auch die beiden weiteren Vergleiche erweisen sich als unhaltbar. Ist an sich schon die gewaltsame Unterstellung moderner Rechtsbegriffe unter Institute des römischen Rechtes nicht zu billigen, so ist sie mindestens in unserem Falle verfehlt.

Was die — zuerst von Laband[1]) angedeutete — Analogie mit dem notwendigen Rechtserwerbe u. s. w.

[1]) Laband a. a. O. S. 201. Vgl. auch Ansch. u. v. Völd. I. S. 413. Anm. 7.

anlangt, so mag man zunächst darüber hinwegsehen, dass es im heutigen Rechte weder Sklaven noch Hausunterthänige im Sinne des römischen Rechtes giebt; es soll ferner eine gewisse Ähnlichkeit beider Institute dahin zugegeben werden, dass auch der Gehülfe — wie der Gewaltuntergebene — kraft Rechtssatzes gegen seinen Willen einem Andern (hier dem Prinzipale) seine Rechte überlassen muss. Prinzipiell verschieden von jenem ist aber unser Institut dadurch, dass der Prinzipal nicht ipso iure, ohne diesbezügliche Willenserklärung, die Rechte des Gehülfen erwirbt, sondern dass nur „auf sein Verlangen" die im Art. 56 bezeichnete Rechtsfolge eintreten soll; dass ferner eine Verpflichtung des Prinzipales zum Eintritte keineswegs besteht und somit der Drittkontrahent diesen nie zum Eintritt zwingen kann; dies ist aber der Fall bei dem römischen Gewalthaber. Von einem „Eintritte" des Letzteren kann auch schon darum nicht gesprochen werden, weil er ja von Anfang an — auch ohne sein Zuthun — aus dem Geschäfte seines Gewaltuntergebenen berechtigt und verpflichtet war.

Ebensowenig glücklich ist die von Wendt[1]) herangezogene Analogie mit der negotiorum gestio: „Im Resultate wäre also der Prinzipal mit einem dominus negotii zu vergleichen, der gegen den gestor auf die Ablieferung des durch das negotium erreichten Vorteiles Klage erhebt, nur dass hier eben nicht der animus negotia gerendi, sondern gesetzliche Vorschrift den Grund jener Klage bildet." Bekennt auch Wendt, dass der Vergleich nur im „Resultate" aufzustellen sei, so ist es doch immerhin bedenklich, den ausschlaggebenden animus n. g. einfach durch gesetzliche Vorschrift ersetzen zu lassen, nur um einen schwachen Vergleich aufrecht zu erhalten.

Wo bleibt der Grundsatz des römischen Rechtes[2]), dass das negotium ein utile gewesen sein müsse, d. h. ein Geschäft, von dem der Geschäftsführer annehmen musste

---

[1]) Wendt a. a. O. S. 259.

[2]) cfr. Dernburg II. Bd. § 122 S. 326. 327.

und konnte, dass es der Geschäftsherr selbst unternommen hätte, wenn er in der Lage zu handeln gewesen wäre? Denn wenn auch der Prinzipal nur in diesem Falle eintreten wird, so kann er es doch nach dem Gesetze stets, und sei es nur, um den Gehülfen zu strafen. Auch nicht lässt sich u. E. l. 5. § 5 D. de negot. gestis (3, 5) für diesen Vergleich verwerten[1]), denn in dem dort behandelten Falle führt der gestor fremde Geschäfte, aber nicht zu Nutzen des dominus, sondern zu eigenem; der Gehülfe jedoch führt keine fremden, sondern — wenn auch verbotswidrig — eigene Geschäfte.

Unser Eintrittsrecht ist vielmehr ein ganz eigenartiges Institut. Der Gesetzgeber hat im Art. 56 einfach die thatsächliche Rechtsfolge der Verbotsübertretung ausgesprochen, ohne überhaupt der juristischen Konstruktion jener zu gedenken, ja ohne dies überhaupt zu wollen.

Dies ergeben die Protokolle[2]). Schon bei der Diskussion des Art. 46 wurde erwähnt, dass die undeutliche Fassung nicht ersehen lasse, ob der Prinzipal das Recht haben solle, in den Vertrag des Prokurainhabers mit dem Dritten einzutreten, oder nur das Recht, von dem Prokurainhaber den gezogenen Gewinn zu verlangen. Hierauf wurde bemerkt, „dass es nicht beabsichtigt sei, dem Prinzipale lediglich eine Klage gegen den Faktor auf Herauszahlung des gezogenen Gewinnes, der von ihm oft nicht beigetrieben werden könne, zu geben, dass aber die Frage, ob der Prinzipal eine actio utilis gegen den Dritten haben, oder zuvor den Prokuristen auf Cession der Klage belangen solle, endlich binnen welcher Zeit ein solcher Anspruch geltend zu machen wäre, als eine offene der Partikulargesetzgebung und der Wissenschaft zu überlassen sei.“

Die Partikulargesetzgebung hat sich mit dieser Frage nicht beschäftigt; die Praxis hat nur wenig Gelegenheit gehabt, über diese Frage zu entscheiden; dagegen hat sich

---

[1]) cfr. Dernburg, Pand. II § 123, S. 330. Anm. I.
[2]) Prot. 87.

die Wissenschaft alsbald dieser offenen Frage zugewandt, ohne freilich zu einer prinzipiellen Einigung zu gelangen.

Wir halten es für angebracht, bevor wir uns dieser Frage widmen, einen kurzen Überblick über den Stand der in der Literatur vertretenen Ansichten vorauszuschicken.

Nun hat sich zwar — um es gleich vorweg zu nehmen — die überwiegende Mehrzahl der Rechtslehrer u. E. mit Recht dahin ausgesprochen, dass dem Prinzipale jenes Recht nur gegen den Gehülfen zustehen solle. Sie begründen aber diese Ansicht teils gar nicht[1]), teils nur durch einen allgemeinen Hinweis auf die Fassung des Art. 56.:

„Der Prokurist muss sich gefallen lassen . . . “,

eine Fassung, welche eine direkte Wirkung gegen den Dritten um deswillen weniger gewollt erscheinen lasse[2]), weil das Gesetz einmal an anderen Stellen, z. B. Art. 368 genauer spricht, namentlich besonders ausdrückt, wenn es Wirkungen gegen Dritte[3]) aufstellen will, während die Art. 56, 59 von dem Dritten gar nicht sprechen.

Hahn[4]) weist zur Begründung seiner Ansicht ausserdem darauf hin, dass dem Prinzipale das Recht gegeben sei, das Geschäft so anzusehen: nicht als ob es in seinem Namen, sondern als ob es für seine Rechnung geschlossen sei, und diese Wirkung könne schlechterdings nur das Rechtsverhältnis zwischen Prinzipal und Gehülfen betreffen.

Alle diese Argumente mag man gelten lassen, insoweit sie sich gegen die inkonsequente Fassung des Gesetzes richten; entscheidend sind sie nicht, zum wenigsten die Entscheidung einer „offenen Frage“. Namentlich übergehen sie die Frage, was darunter zu verstehen sei:

„Der Prinzipal solle eine actio utilis gegen den Dritten haben.“

---

[1]) Behrend a. a. O. S. 326. Staub Comm. S. 84 f. Makower Comm. S. 75.

[2]) Wendt a. a. O. S. 259.

[3]) Art. 55. Abs. 2.

[4]) Hahn a. a. O. S. 221.

Auch Laband[1]) erklärt sich für die von der Mehrzahl vertretene Ansicht, berührt indessen unsere Frage nur nebenbei im Verlaufe seiner eingehenden Erörterung über die Stellvertretung. In der Unanwendbarkeit der Grundsätze von der Stellvertretung auf unseren Fall findet er bereits die Entscheidung der Frage. Er begnügt sich dann mit der — unbestreitbar richtigen — Bemerkung, dass ein wirkliches Eintreten in die Geschäfte des Prokuristen eine Novation derselben wäre, zu welcher die Zustimmung des Drittkontrahenten unerlässlich sei; einen Wechsel in der Person seines Mitkontrahenten brauche sich der Dritte nicht gefallen zu lassen.

Wir werden später ausführlicher über die Grundsätze der Stellvertretung — soweit sie für unsere Frage wichtig sind — zu handeln und dabei Gelegenheit haben, noch andere Schriftsteller kennen zu lernen, welche — wenn auch nicht gerade im Hinblick auf Art. 56 — sich gegen einen direkten Zugriff auf den Dritten aussprechen[2]).

Auf der anderen Seite hat eine gewichtige Minorität in dem sichtlichen Bestreben, die offene Frage in der vom Gesetzgeber angedeuteten Richtung zu entscheiden, dem Prinzipale ein Recht direkt gegen den Dritten gegeben. Sie kommen indessen auf Grund falscher Prämissen und Folgerungen zu teilweise unhaltbaren Resultaten.

Weil es sich um ein Recht handelt, welches das Gesetz dem Prinzipale zuspricht, — so sagt Busch[3]) — bedarf es nicht erst einer Klage gegen den Gehülfen auf Cession seines Klagerechtes gegen den Dritten, mit dem er kontrahierte. Es liege vielmehr eine sog. cessio necessaria vor, d. h. die Cession wird fingiert und der Prinzipal hat eine actio utilis gegen den Dritten.

---

[1]) Laband a. a. O. S 202.

[2]) Wengler i. Busch, Arch. f. Th. u. Pr. Bd. II S. 101 ff. Voigtel i. Busch, Arch. Bd. V. S. 7 ff. Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. I. Bähr i. Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. I. u. A.

[3]) Busch, Arch. f. Th. u. Pr. Bd. I. S. 77.

Die Lehre von der fingierten Cession hat allerdings einzelne Anhänger gefunden; wir werden aber weiter unten im Besonderen zeigen, dass diese Rechtsansicht keineswegs „durch eine fast allgemein anerkannte Praxis“ zweifellos feststeht. Busch verweist nun des Weiteren auf seine Bemerkungen zu Art. 55, und vermengt damit zwei grundverschiedene Fälle. Hat der Prokurist ohne oder mit Überschreitung seiner Vollmacht mit einem Dritten für Rechnung des Prinzipales abgeschlossen und der Dritte schloss, trotzdem er den Mangel der Vollmacht kannte, für den Prinzipal ab, so giebt Busch dem Prinzipale das Recht, durch Genehmigung das Geschäft an sich zu ziehen. Er giebt dem Prinzipale aber auch in diesem Falle eine actio utilis gegen den Dritten, wie in dem vorher besprochenen — uns vorliegenden — Falle; er giebt dem Prinzipale eine act. util., wo er die Klage selbst anstrengen könnte, und ohne Rücksicht darauf, ob die Kontrahenten den Willen hatten, für den Prinzipal abzuschliessen.

Busch geht noch weiter. Er verlangt im Falle des Art. 56 von dem Dritten, der die Gehülfeneigenschaft seines Mitkontrahenten kannte, dass er — der Dritte — „das Geschäft als von dem Prinzipale selbst geschlossen anerkenne[1]) und es auf dessen Verlangen erfülle“; der Prinzipal aber soll an dasselbe nicht gebunden sein. Wie Busch diese Ansicht mit den Grundsätzen der Vertragslehre und der Stellvertretung vereinigen will, ist umsoweniger ersichtlich, als er selbst anerkennt, dass, wenn nicht beide Kontrahenten die Absicht haben, für den Prinzipal abschliessen zu wollen, „keine Uebereinstimmung des Konsenses“[2]) vorhanden sei.

Ein direktes Recht gegen den Dritten geben auch Anschütz u. v. Völderndorff dem Prinzipale, aber nur, wenn der Dritte gewusst hat, dass der mit ihm Kontrahierende Gehülfe eines Anderen ist. „Denn dann muss

[1]) Busch a. a. O. S. 78.
[2]) Busch a. a. O. S 69.

der Dritte aus dem Gesetze auch wissen, dass der Prinzipal, wenn er will, das Geschäft als sein eigenes ansehen kann, und wenn er dem ungeachtet kontrahiert, so unterwirft er sich stillschweigend der gesetzlichen Folge. Es ist so anzusehen, als überlasse er es der Zukunft, wer sein Gegenkontrahent sein würde, und als erkläre er im Voraus sein Einverständnis, wenn der Prinzipal als solcher eintrete[1]).“

Ansch. u. v. Völdernd. beabsichtigen hiermit eine Ansicht aufzustellen, welche in der Mitte der beiden bisher von uns referierten Ansichten liegt; sie gehen aber noch weit über die Busch'sche Theorie hinaus. Auch dieser springt zwar, wie wir gesehen haben, teilweise auf den Stellvertretungsbegriff über; er gründet aber die Klage des Prinzipales doch schliesslich auf eine fingierte Cession; er giebt dem Prinzipale also doch nur die Klage des Gehülfen, wenn auch als utile, und steht mit dieser Lehre nicht allein[2]). Ansch. u. v. Völdernd. aber bekennen sich als entschiedene Gegner der Lehre von der Legalcession[3]). Was ist es also für eine Klage, die sie dem Prinzipale geben wollen? Wie es scheint eine eigene.

Halten wir uns nun nochmals die Grundlage unserer augenblicklichen Untersuchung vor Augen: „Der Gehülfe hat für seine eigene Rechnung abgeschlossen“! Und nun fragen wir: auf welche Weise sollte ein direkter Zugriff des Prinzipales auf den Dritten denkbar sein?

a. Wäre es möglich, dass in unserem Falle eine wirkliche Stellvertretung fingiert würde, mithin ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen Prinzipal und Drittkontrahenten eintrete und direkte Klagen zwischen ihnen zulässig seien? Im engsten Zusammenhange mit dieser würde die Frage stehen, ob an eine actio quasi institoria gedacht werden könnte?

---

[1]) Ansch. u. v. Völd. a. a. O. I. S. 413, 414 f.

[2]) s. darüber unt.

[3]) Ansch. u. v. Völd. Bd. II 172.

b. Oder sollte der Prinzipal die Klage des Gehülfen auf Grund erzwingbarer und darum fingierter Cession gegen den Dritten geltend machen können?

B. 1. a. Die Beantwortung der ersten Frage wird uns ein kurzer Blick auf die Entwickelung des heutigen Stellvertretungsbegriffes erleichtern; im übrigen verweisen wir auf die zahlreichen, der Stellvertretung gewidmeten Abhandlungen[1]).

Das römische Recht kannte eine Stellvertretung bei der Eingehung von Obligationen nicht an. Nach dem Grundsatze: per liberam personam nihil nobis acquiri potest konnte der dominus nur durch den servus oder filius familias erwerben — aber nicht verpflichtet werden. Dem Bedürfnisse des reger werdenden Verkehres nach einem Surrogat für die wirkliche Stellvertretung kam der Prätor nach, indem er die actiones adjecticiae qualitatis und später die actio quasi institoria dem Dritten gegen jeden Machtgeber und daneben nun auch dem Geschäftsherrn gegen den Dritten gab. Dieser Umweg hat den Anlass zu der Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung gegeben, die eben den Begriff der Stellvertretung so besonders verdunkelt hat[2]).

Das gemeine Recht hat aber das Prinzip der Stellvertretung durch freie Personen dahin anerkannt, dass der Geschäftsherr aus dem von seinem Stellvertreter ab geschlossenen Geschäfte unmittelbar allein berechtigt und verpflichtet wird, wenn der Vertreter — ausdrücklich oder aus den Umständen deutlich erkennbar — im Namen des Geschäftsherrn handelte; wenn beide Kontrahenten den Willen hatten, den Geschäftsherrn als eigentlichen Kontrahenten aufzustellen.

---

[1]) Buchka, Die Lehre von der Stellvertret. bei Eingeh. von Verträgen. Ruhstrat, Savigny's Lehre v. d. Stellvertret. Savigny, Obligat. R. II. Ihering, Jahrb. f. Dogm. I. 273 f, II. 67 f. Scheurl, Jahrb. f. Dogm. II. 1 f. Laband, Goldschm. Zeitschr. X. 183 f. Windscheid, Pand. I. § 73 f. Dernburg, Pand. I. § 117 f. u. A.

[2]) Laband a. a. O. S. 195.

Das H. G. B. hat dieses Prinzip in den glücklich gefassten Art. 52 in Verbindung mit Art. 114, 298 für alle und jede Stellvertretung bei Handelsgeschäften zweifellos anerkannt.

Art. 52. Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäss der Prokura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipales schliesst, wird der letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet.

Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipales geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte.

Zwischen dem Prokuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten.

Art. 114. . . . . .

Abs. 2. Die Gesellschaft wird durch die Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter in ihrem Namen schliesst, berechtigt und verpflichtet; es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte.

Art. 298. Bei einer Vollmacht zu Handelsgeschäften kommen in Betreff des Verhältnisses zwischen dem Vollmachtgeber, dem Bevollmächtigten und dem Dritten, mit welchem der Bevollmächtigte Namens des Vollmachtgebers das Geschäft schliesst, dieselben Bestimmungen zur Anwendung, welche im Art. 52 in Beziehung auf die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten gegeben sind. . . . . .

Also nur, wenn beide Kontrahenten ausdrücklich oder stillschweigend darüber einig sind, dass der Vertreter für einen Andern abschliesse, ist das Geschäft für diesen geschlossen.

Hat nun der Dritte die Gehülfeneigenschaft seines Kontrahenten gekannt[1]), und wusste aus dem Gesetze so genau, dass dieser kein Geschäft für eigene Rechnung schliessen dürfe, hat dann der Gehülfe erklärt, dass er für sich schliessen wolle, und ist das Geschäft für Rechnung

[1]) Ansch. u. v. Völdernd. a. a. O. S. 413 f.

des Gehülfen thatsächlich zu Stande gekommen — wie es unsere Untersuchung ja voraussetzt[1]), — wie sollte die einseitige „stillschweigend der Zukunft überlassene“[2]) Bezugnahme des Dritten auf den Prinzipal diesen zum Kontrahenten machen können? Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht liegt auf der Hand.

Wie verhält es sich nun mit der Anwendung der prätorischen Rechtsmittel für unsern Fall? Allerdings hat Sintenis[3]) die Ansicht aufgestellt, dass dem Mandanten aus dem von seinem Stellvertreter abgeschlossenen Vertrage ein Klagerecht zustehe, und zwar ohne Unterschied, ob der Stellvertreter sich dem andern Paciscenten als Mandatar zu erkennen gegeben habe. Und Savigny[4]) behauptet geradezu, dass die prätorischen a^{nes} ut^{les} und adjecticiae qualitatis für und gegen den Prinzipal auch dann gegolten hätten, ja gerade für den Fall noch zu Justinians Zeiten praktisch gewesen wären, wenn der Mandatar dem Dritten gegenüber nicht als solcher aufgetreten sei.

Dem gegenüber haben schon Buchka[5]) und Ruhstrat[6]) nachgewiesen, dass jene prätorischen Rechtsmittel überall nur für solche Fälle gegolten hätten, wo der Stellvertreter als solcher mit ausdrücklicher oder stillschweigender Bezugnahme auf den Vertretenen kontrahiert hatte. Wir könnten darum schon um deswillen die Frage für unsern Fall ausscheiden, weil unser Gehülfe ja gerade die entgegengesetzte Absicht hat.

Wir können aber noch weiter gehen und behaupten: im heutigen Rechte, wo das Prinzip der freien Stellvertretung anerkannt ist, ist für die prätorischen Rechtsmittel kein Bedürfnis mehr. Da die wirkliche Stellvertretung zulässig

[1]) Den Fall, dass wegen mangelnden Konsenses ein Geschäft gar nicht zu Stande kommt, müssen wir hier ausscheiden.

[2]) Ansch. u. v. Völd., a. a. O. S. 413, 414.

[3]) Sintenis, Prakt. gem. Civ. R. § 102 S 363 ff.

[4]) Savigny, Oblig. R. S. 62.

[5]) Buchka, a. a. O. S. 35, 40, 47 f.

[6]) Ruhstrat, a. a. O. S. 13, 29.

ist, müssen auch die Wirkungen auf die ursprünglichen Subjekte der Obligationen beschränkt sein[1]).

Überall finden wir den Grundsatz vertreten: wo ein Vertreter ohne Bezugnahme anf den Herrn kontrahiert, nenne man ihn nun „Ersatzmann“[2]) oder „Zwischenperson“[3]) oder „stiller Vertreter“[4]), ist er allein berechtigt und verpflichtet. Um wie viel mehr muss dies für den Gehülfen zutreffen, der nicht einmal daran denkt, für den Prinzipal zu handeln! Mag nun der Gehülfe auch (durch Vertrag oder Gesetz) verpflichtet sein, dem Geschäftsherrn das Geschäft abzutreten u. s. f., so ist und bleibt er zunächst der alleinige und ursprüngliche Kontrahent, sobald er für eigene Rechnung, ohne Bezugnahme auf den Herrn abschloss. Die Grundregel der Vertragslehre, dass zwischen den Kontrahenten Willensübereinstimmung auch besonders rücksichtlich der Person herrschen muss, die erwerben oder verpflichtet werden sollte, hat auch durch die prätorischen Rechtsmittel nicht umgestossen werden sollen. Auf diese kann deshalb eine direkte Beziehung des Prinzipales zum Dritten nicht gegründet werden.

Was insbesondere unser H. G. B. anlangt, so kennt es weder institorische, noch quasi institorische, noch utile Klagen. Es hat scharf zwischen der wirklichen Stellvertretung und dem Abschlusse „in eigenem Namen für fremde Rechnung“, also ohne Bezugnahme auf den Vertretenen, unterschieden. Gerade für diesen Fall der stillen Stellvertretung, der heute Gegenstand eines besonderen kaufmännischen Gewerbes geworden ist (Kommissionär), hat es eingehende Bestimmungen getroffen[5]).

Seine Stellungnahme drückt das Gesetz hier in prägnantester Form aus:

---

[1]) Laband, a. a. O. S. 196.
[2]) Ihering, a. a. O. Bd. I. S. 312 f.
[3]) Scheurl, a. a. O. II. S. 19.
[4]) Schmidt, Grundl. d. Cess. I. S. 389 f.
[5]) H. G. B. Art. 360—378.

Art. 360. „Kommissionär ist derjenige, welcher gewerbemässig in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Kommittenten) Handelsgeschäfte schliesst.

Durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit Dritten schliesst, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Kommittenten und den Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten. . . .“

Diese Grundsätze sollen nach Art. 378 auch für jeden Kaufmann gelten, der ein Eigengeschäft in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers schliesst. Was kann es aber für das Verhältnis zwischen dem Dritten und seinem Kontrahenten ausmachen, ob letzterer ein selbstständiger Kaufmann oder ein Gehülfe ist? Sind die unselbständigen Mandatare durch Art. 52, 55, 298 H. G. B. den selbständigen Mandataren völlig gleichgestellt, was die direkte Stellvertretung anbetrifft, so muss dies u. E. auch für die Bestimmungen der Art. 360, 378 analog gelten. Wird somit der Gehülfe, der für Rechnung des Prinzipales auftragsgemäss, aber im eigenen Namen kontrahierte, allein berechtigt und verpflichtet, um wie viel mehr muss dies zutreffen, wenn der Gehülfe gar nicht daran dachte, für Rechnung des Prinzipales zu schliessen, wie in unserem Falle.

Wir dürfen daher die Behauptung aufstellen:

Aus einem Geschäfte, welches der Gehülfe verbotswidrig für eigene Rechnung schliesst, wird er allein berechtigt und verpflichtet.

b. Wir wenden uns jetzt zur Beantwortung der zweiten Frage: ob der Prinzipal auf Grund fingierter Cession die Klagen des Gehülfen utiliter gegen den Dritten anstellen könne?

Namentlich Savigny[1]) und Puchta[2]) haben den Grundsatz aufgestellt, dass eine gesetzliche oder fingierte Cession in jedem Falle stattfinde, wo eine Cession erzwingbar sei, dass somit dem Cessionar in diesem Falle ohne vorher-

[1]) Savigny, Oblig. R. I. 243 u. 244 ff.

[2]) Puchta, G. F., Pand. 7. Aufl. § 281 S. 417 f. Puchta, G. F. Vorl. üb. d. heut. röm. Recht Bd. II S. 132.

gehenden Cessionsakt eine Klage gegen den Drittschuldner zustehe. Ist dies auch nicht die Ansicht der herrschenden Meinung, so glauben wir doch über diese Frage durch Berufung auf die herrschende Meinung umsoweniger hinweggehen zu dürfen, als dieser Satz von einer gewichtigen Minorität vertreten und von dem Gesetzgeber selbst angedeutet wird[1]). Allerdings gestattet uns die Beschränktheit des Raumes nicht, die Quellenstellen, auf welche jener Satz gegründet wird, sämtlich anzuführen — geschweige denn zu erörtern[2]); — wir müssen uns darauf beschränken, die wichtigsten zu bezeichnen.

Um es gleich zu sagen, beziehen sich diese Stellen sämtlich auf einzelne Fälle; die actio utilis wird hier immer aus Gründen der Billigkeit ausnahmsweise gegeben, ohne dass sich ein Prinzip nachweisen liesse, wonach unter gewissen Voraussetzungen eine a. util. stets gegeben würde.

So giebt *l. 1. C. de obl. et act. (4. 10.),* ein Reskript des Gordianus[3]), demjenigen, welcher zur Tilgung der Schuld eines Andern Geld gegeben hat, und welcher ein mandatum der Klagen gegen den Schuldner bereits erhalten hat, eine a. util., wenn vor der litis contestatio der Gläubiger stirbt, ohne Erben zu hinterlassen. Gewiss ein singulärer Fall! Denn ohne die a. util. wäre der Schuldner unbillig durch die Tilgung seiner Schuld bereichert, der Geldgeber unbillig geschädigt.

l. 2. C. eod. (Reskript des Valerianus et Gallienus) giebt dem Ehemanne, welchem eine Forderung in die dos gegeben wird, analog dem emtor nominis eine a. util.

l. 16. pr. de pactis, 2. 14 erwähnt das Reskript des Pius, wonach dem Käufer einer Erbschaft a$^{\text{nes}}$ ut$^{\text{les}}$ zustehen.

Nach *l. 5. C. quando fiscus 4. 15.* steht dem, welcher eine Forderung an Zahlungsstatt erhalten hat, die a. util zu.

---

[1]) Prot. S. 87.

[2]) Ausführl. Schmidt a. a. O. Bd. I § 20 f.

[3]) Mühlenbruch, Lehre v. d. Cess. d. Ford. R. S. 194.

l. 5. 7. 8. 9. C. de hered. vel act. vend. 4. 39. geben dem Käufer einer Erbschaft und einer Forderung a^{nes} ut^{les} [l. 7. enthält eine hier nicht interessierende Besonderheit[1]).]

l. 18. C. de leg. 6. 37 giebt dem Legatar einer Forderung vor Cession eine a. util.; gewiss in billiger Weise, da doch mit dem Erbschaftsantritte die Forderung in der Regel (soweit der dies veniens durch den Erbschaftsantritt gebildet wird) seine Forderung wird.

l. 13. § 25. D. de a. e. v. 19. 1 giebt dem dominus negotii und gegen den dominus a^{nes} ut^{les} aus der Kaution des Prokurators[2]).

Sämtliche Fragmente und Konstitutionen haben nur einzelne Fälle zum Gegenstande; aus diesen leuchtet kein dem Gesetzgeber etwa vorschwebendes Prinzip hervor, wonach diese einzelnen Entscheidungen nur Anwendungen des erwähnten Rechtssatzes wären; ebensowenig lässt sich ein solches Prinzip aus den Stellen ableiten.

Man bedenke hierbei, dass fast alle angeführten Entscheidungen Edikte oder Reskripte der Kaiser sind, welche ja zum grössten Teile mit Rücksicht auf den einzelnen Fall getroffen, nicht in Fortbildung aus dem Wesen und in Anschluss an die Grundgedanken des früheren Rechtes gefällt wurden, somit als Singularitäten erscheinen mussten.

Dass es sich um solche handle, dafür giebt ein treffendes Zeugnis *l. 2. C. 4. 10.* (s. o.). Wie erwähnt, wird hier dem Ehemanne, welcher eine Forderung zur dos erhält, eine a. util. gegeben, und zwar „ad similitudinem eius, qui nomen emerit". — Erfolgte die Entscheidung in Verfolgung des von Savigny und Puchta verteidigten Grundsatzes, so ist die Heranziehung der Analogie des nominis emtor nicht recht verständlich. Es wird vielmehr die a. util. gegeben, weil dem nominis emtor eine solche singulär zustand, und weil jener Fall dem des nom. emt. analog war. Der Umstand

[1]) Mühlenbruch a. a. O. 190.
[2]) Mühlenbruch a. a. O. 145.

aber, dass zur Begründung jener Entscheidung nicht das Prinzip, sondern ein anderer einzelner Fall herangezogen wird, zeigt deutlich, dass dies Prinzip nicht bestand. Überdies sprechen die Quellen sich in zahlreichen Entscheidungen direkt gegen das behauptete Prinzip aus; namentlich unvereinbar mit demselben sind:

l. 49. § 2. D. de aqu. v. am. poss. 41. 2.

l. 1. § 11. D. depos. v. contr. 16. 3.

l. 17. 36. D. de fideicom. 46. 1., const. 8. C. depos. 4. 34.

Dass die röm. Juristen bei Erteilung der a^{nes} ut^{les} dennoch gewisse Grundsätze befolgten, soll hiermit keineswegs bestritten werden. Massgebend war ihnen aber hauptsächlich nur ein allgemeines Billigkeitsprinzip; wer durch die Wirkungen des strengen Rechtes sonst geschädigt wurde, sollte durch die a. util. geschützt werden; sie sollte ein fehlendes, durch das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis nicht begründetes oder doch nicht wirksames ordentliches Rechtsmittel ersetzen; dasselbe Prinzip erforderte natürlich, dass dadurch Interessen des Dritten nicht geschädigt werden durften.

Die Notwendigkeit der a. util. beruhte ferner zum grossen Teile auf dem — gegenüber dem heutigen — verwickelteren Prozessgang des röm. Rechtes, auf dem Gegensatze zwischen ius aequum und ius strictum, und auf den umständlichen Formen der Cession. Um diese zu vermeiden, wurde die a. util. gewährt; aber nicht etwa, weil die noch nicht vollendete Cession erzwingbar und darum zu fingieren gewesen wäre, sondern weil in dem wirklich erklärten animus cedendi die vollendete Cession gefunden wurde. Mit dem Siege des ius aequum über das ius strictum, mit der Einführung wirksamer prozessualer Zwangsmittel gegen den sich dolose weigernden Cessionsverpflichteten, endlich der Formlosigkeit der Cession musste die Bedeutung der a. util. zurücktreten. Ist die Forderung durch einfache Willenserklärung zu cedieren und gilt diese Erklärung kraft Gesetzes (C. P. O. § 779) als abgegeben mit der Rechtskraft

des darauf lautenden Urteiles, so entfällt in vielen der römisch-rechtlichen Fälle die Notwendigkeit einer a. util.

Diese Erwägungen müssen dagegen sprechen, für das moderne Recht aus jenen singulären Fällen die Regel Savigny's abzuleiten. Durchaus zu Unrecht sagt aber Savigny[1]: „Es ist damit (mit dieser Regel) ergangen, wie mit so mancher anderen Rechtsregel, die auch erst allmählich durch Gerichtsgebrauch und durch die Theorie der Juristen festen Boden gewonnen hat.“ Wenn erst der Gerichtsgebrauch und die Theorie der Juristen dieser Rechtsregel festen Boden geschaffen haben sollen, so kann man die gegnerische Ansicht nicht besser bekämpfen, als durch Hinweis auf die Entscheidungen unserer obersten Gerichte[2], welche in entgegengesetztem Sinne entscheiden, und durch Berufung auf Männer wie Windscheid[3], Ihering[4], Bähr[5], Thöl[6], Schmidt[7], Goldschmidt[8], Zimmermann[9] u. A., welche sich nicht entschieden genug aussprechen können gegen den von Savigny und Puchta vertretenen „exorbitanten“ Satz, welcher nicht allein unserem positiven Rechte, sondern ebenso sehr den Bedürfnissen des Verkehres widerstrebt; ein Satz, welcher zu gleicher Verwirrung führen würde, als wenn man etwa im Sachenrecht den Satz aufstellen wollte: überall, wo eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentumes besteht, kann das Eigentum selbst mittelst einer utilis rei vindicatio in Anspruch genommen werden; ein Satz, welcher geeignet ist, im Obligationenrecht jede Sicherheit über die Person des Gläubigers über den Haufen zu werfen.

---

[1]) Savigny, Obl. R. Bd. I. 248.

[2]) Seuffert's Archiv, X 159, XIII 93, XVIII 241, XXII 225, XXV 231, XXXI 221. 222, XXXII 314 u. a.

[3]) Windscheid, Pand. II § 330. Not. 12. [4]) Ihering, Jahrb. f. Dog. I S. 345 ff. [5]) Bähr, Jahrb. f. Dog. I S. 400. [6]) Thöl, Hand. Recht I § 24 Not. 3. [7]) Schmidt, Cession I S. 189. 190. [8]) Goldschmidt, Lucca-Pistoja-Akt. Streit. S. 100. 101. [9]) Zimmermann i. Zeitschr. f. Civ. R. u. Proz. N. F. XV S. 102 f. Zaun, Arch. f. prakt. Rechtswissensch. N. F. I S. 16 f.

Im Besonderen kann gerade das allgemeine Billigkeitsprinzip, welches im römischen Rechte zur Gestattung dieser a^{nes} ut^{les} führte, nicht verwandt werden, um im vorliegenden Falle eine solche zu konstruieren. In den röm. Fällen liegt ein Rechtsgeschäft vor, durch welches eine Übertragung begründet werden soll, daher kann auch der zur Erteilung der a. util. führende Grundsatz „als Ausfluss der Auslegung desjenigen, was materiell in dem Willen der Kontrahenten gefunden werden muss“ [1]) aufgefasst werden, wenn auch im einzelnen Falle die Wirkung nachträglich ohne und selbst gegen den Willen des Verpflichteten eintritt. In unserem Falle liegt aber eine gesetzliche Bestimmung vor, welche mit dem Willen des für eigene Rechnung abschliessenden Gehülfen im schärfsten Gegensatze steht. Den auf Begründung des Miets- (resp. Mandats-) verhältnisses gerichteten Willen kann man hierauf gewiss nicht ausdehnen.

Der Prinzipal bedarf aber auch dieses Rechtsmittels gar nicht, da er ebensogut ohne dasselbe zu seinem Rechte kommt, und die a. util. ist nicht erforderlich, um ihn vor Schaden zu bewahren. Andererseits würde es den Gehülfen, wie den Dritten, unbillig belasten, wenn man dem Prinzipale kraft fingierter Cession a^{nes} ut^{les} gäbe. Denn der Prinzipal ist kraft Gesetzes doch nur berechtigt, die Rechte — und damit die Klagen — aus dem Geschäfte des Gehülfen zugleich mit den Verpflichtungen zu übernehmen. Hier würde es nun dem Gehülfen an einem wirksamen Rechtsmittel fehlen, den kraft fingierter Cession berechtigten Prinzipal zur Übernahme der Verpflichtungen zu zwingen, und der Gegenkontrahent des Gehülfen wäre in der ungünstigen Lage, dem Prinzipale gegenüber verpflichtet und nur dem Gehülfen gegenüber berechtigt zu sein. Seine ungünstige Lage wird auch dadurch nicht völlig ausgeglichen, dass er dem utiliter klagenden Prinzipale die Einreden aus der Person des Gehülfen entgegen setzen kann.

---

[1]) Seuffert, Archiv XXII 225.

Auch insofern würde man den Dritten belasten, als man ihm zumutete, festzustellen, ob wirklich sein Gegenkontrahent Gehülfe des sein Recht geltend machenden Prinzipales ist; noch mehr: ob er im konkreten Falle oder etwa allgemein mit Erlaubnis des Prinzipales handelte. Gesetzt, es besteht zwischen Prinzipal und Gehülfen selbst ein Streit darüber, ob der Gehülfe überhaupt zum Abschlusse des Geschäftes Erlaubnis hatte. Leistet der Dritte hier dem Prinzipale, so setzt er sich der Gefahr aus, noch einmal leisten zu müssen; leistet er nicht, so stürzt er sich in einen Prozess, dessen Kosten ihn wenigstens zum Teile leicht treffen können, wenn seine Weigerung unberechtigt war. Verkündet er selbst, von dem Einen belangt, dem Andern den Streit, hinterlegt er auch den Betrag der Forderung — sofern dies überhaupt möglich ist, — so treffen ihn immer noch Kosten, falls sein Widerspruch unbegründet war; und ob er begründet ist, kann der Dritte ja gar nicht wissen.

Mit Recht darf man deshalb sagen[1]), dass die Handelswelt eine solche Praxis als unnatürlich, als einen Verstoss gegen das den Handelsverkehr beseelende Prinzip persönlichen Vertrauens empfinden muss.

Nicht zuletzt mag auch zur Beantwortung dieser Frage die Analogie mit der Lehre „von dem Kommissionsgeschäfte“ herangezogen werden:

> Art. 368: „Forderungen aus einem Geschäfte, welches der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen...“

Obgleich also der Kommissionär im Auftrage des Kommittenten handelte, und von Anfang an daran dachte, die Resultate des Geschäftes nicht sich, sondern jenem zuzuwenden, entzieht das Gesetz ausdrücklich dem Kommittenten die Möglichkeit eines unmittelbaren Zugriffes auf den Dritten. Dass das Gesetz dabei gerade besonders an den Ausschluss der a. util. auf Grund fingierter Cession gedacht hat, zeigt

---

[1]) Seuffert, Arch. Bd. X 159. Anm. 1.

die Ausscheidung des monitum 373 zu Art. 337[1]), in welchem Hamburg beantragt hatte, diesem Artikel eine Fassung zu geben, durch welche die Fiktion der Cession und die a. util. ermöglicht würde.

Und was dem Kommittenten versagt ist, sollte dem Prinzipale verstattet werden in einem Falle, wo der Gehülfe gar nicht daran dachte, für den Prinzipal zu handeln? Man wende uns nicht ein: der Gesetzgeber hat in Art. 368 die Frage nach der Zulässigkeit der a. util. gar nicht definitiv entscheiden wollen, da er die Frage ja in Art. 56 absichtlich offen liess. Wir antworten: allerdings hat der Gesetzgeber keineswegs eine prinzipielle Entscheidung über die a. util. treffen wollen, und der Fall des Art. 56 war nicht so wichtig, um nicht diese Frage weiterer Forschung offen zu lassen. Die Wichtigkeit der Lehre „vom Kommissionsgeschäft" dagegen zwang den Gesetzgeber hier klare und unzweideutige Bestimmungen zu treffen; und da entschied der Gesetzgeber kurzweg — ohne Rücksicht auf die dereinstige Entscheidung der offenen Frage — so wie es die Bedürfnisse des Handelsverkehres erheischten; und er verwarf die a. util.

Damit ist aber der a. util. auch für unseren Fall (Art. 56) das Urteil gesprochen. Selbst wenn wir uns nicht bereits gegen die allgemeine Anwendbarkeit der a. util. erklärt hätten, würden wir sie doch für den Geltungsbereich des Handelsrechtes als unannehmbar erklären müssen.

Wir dürfen daher als weiteren Satz aufstellen:

> Forderungen aus einem Geschäfte, welches der Gehülfe dem Verbote des Art. 56 (59) entgegen abgeschlossen hat, kann der Prinzipal dem Dritten gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

2. Der Prinzipal kann also sein Eintrittsrecht nur gegen den Gehülfen geltend machen; wie dies im Einzelnen geschehen kann, wird sich je nach den Stadien, in welchen sich das Geschäft des Gehülfen befindet, verschieden gestalten.

[1]) Prot. Bd. 9 S. 59, 60.

a. Am einfachsten wird der Fall liegen, wenn das Geschäft des Gehülfen mit dem Dritten vollständig abgewickelt ist, wenn auf keiner Seite mehr Forderungen oder Verbindlichkeiten ausstehen. Der Prinzipal wird dann lediglich auf Ausantwortung des Gewinnes angewiesen sein, und ein solcher Gewinnanspruch ist nie bezweifelt worden. Spricht schon das allgemeine Landrecht[1]) für den Fall, dass der Faktor ohne Erlaubnis Eigengeschäfte gemacht hat, ganz unzweideutig aus:

> „aller dadurch erhaltene Gewinn gehört dem Prinzipale“,

so geht auch das H. G. B., wie die Protokolle[2]) ergeben, von diesem Gewinnanspruche als der ersten und natürlichsten Folge der Verbotsübertretung aus:

> „. . . . es ist nicht beabsichtigt, dem Prinzipale lediglich eine Klage auf Herauszahlung des gezogenen Gewinnes zu geben. . . .“

Dass der Prinzipal auf der andern Seite[3]) dem Gehülfen gewähren muss, was dieser auf das Geschäft aufgewendet hat, entspricht nicht nur der Billigkeit, sondern folgt ohne Weiteres aus dem Wortlaute des Gesetzes, welches dem Prinzipale nur das Recht giebt, das Geschäft, d. h. also mit allen Rechten und Verbindlichkeiten, als für seine Rechnung geschlossen anzusehen. Klagt also der Prinzipal gegen den Gehülfen auf Herausgabe des Gewinnes, ohne zugleich Schadloshaltung anzubieten, so wird der Gehülfe mit Recht retinieren. Nur für seine persönlichen Bemühungen darf der Gehülfe nichts anrechnen, da er diese ohnehin dem Prinzipale hätte widmen müssen.

b. Schwieriger gestaltet sich die Realisierung des Anspruches des Prinzipales, wenn das Geschäft noch von keiner Seite erfüllt ist, von beiden Seiten also noch

---

[1]) A. L. R. Th. II Tit. 8 § 524.

[2]) Prot. 87.

[3]) Appellat. Ger. Jena i. Busch, Arch. XXII 437. Staub, a. a. O. S. 84.

Forderungen und Verbindlichkeiten ausstehen. Zunächst muss dem Prinzipale das Recht gegeben werden, das Geschäft sich anzueignen, ohne selbst bei der Abwickelung thätig zu werden. Aus dem Wortlaute des Art. 56, der Prinzipal solle das Reht haben, das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen anzusehen, folgt keineswegs seine Verpflichtung, das Geschäft durch eigene Thätigkeit abzuwickeln. Er kann sich auch hier darauf beschränken, sich den Gewinn desselben auskehren zu lassen, nachdem das Geschäft vollständig abgewickelt ist.

Durch die vorherige Eintrittserklärung eignet der Prinzipal sich das Geschäft an, und kann dessen Abwickelung dem Gehülfen auf Grund dessen Vertragspflicht anbefehlen. Da — wie wir gesehen haben — dem Prinzipale nur Rechte gegen den Gehülfen zustehen, ist nur nötig, dass er diese Erklärung dem Gehülfen gegenüber abgiebt; der Dritte wird dadurch in keiner Weise tangiert. Auch die Erfüllung durch diesen gestaltet sich durchaus nicht anders, als wenn der Gewinn beim Gehülfen bliebe.

Aber der Prinzipal kann natürlich auch selbst die Abwickelung des Geschäftes übernehmen, indem er sich — soweit nicht Rechte des Dritten entgegenstehen — an die Stelle des Gehülfen setzt. Forderungen des Gehülfen lässt er sich cedieren, gegen Übernahme der Verbindlichkeiten und Ersatz der Auslagen (wie oben).

Wie nun im Einzelnen sich die Übertragung gestaltet, ist hier nicht der Ort auseinanderzusetzen; es finden die allgemeinen Grundsätze über Cession Anwendung. Mit der formlosen Erklärung des Gehülfen als bisherigen Gläubigers, resp. deren Ersatz durch Urteil (C. P. O. § 779) wird der Prinzipal Gläubiger und ergreift die Forderung auch dem Dritten gegenüber schon durch blosse Anzeige. Nicht ganz übergehen dürfen wir allerdings das Bedenken, dass in einzelnen Fällen die Cession einer Forderung unzulässig ist; wir denken namentlich an die Fälle, wo die Leistung nur in der Person eines bestimmten Gläubigers möglich ist (wie bei den actiones vindictam spirantes), oder wo die

Erfüllung an den Cessionar nicht ohne eine dem Schuldner nachteilige Veränderung des Leistungsinhaltes möglich ist, u. a. m.[1])

Diese Fälle sind aber durchaus exceptionell und finden wohl kaum je Anwendung für unsere Frage. Wie könnte auch — von act. vind. spirant. oder von gesetzlich verbotener Übertragung oder cessio in potentiorem ganz abgesehen — wo es sich doch um Handelsgeschäfte handelt, ein Fall zu konstruieren sein, wo die Erfüllung an den Prinzipal nicht ohne eine dem Dritten nachteilige Veränderung des Leistungsinhaltes möglich wäre? Wir können vielmehr, ohne uns dem Vorwurfe der Leichtfertigkeit auszusetzen, davon ausgehen, dass die Forderungen des Gehülfen immer cessibel sind.

Wir wir schon sahen, ist der Prinzipal dem Gehülfen zur Schuldübernahme verpflichtet; dem Gehülfen! nicht aber kann der Dritte den Prinzipal zur Übernahme zwingen, denn er hat allein dem Gehülfen kreditiert. Auch übernimmt der Prinzipal nur dem Gehülfen gegenüber die Schuld; aus der vollendeten Übernahme hat ohne Weiteres der Dritte kein Recht. Naturgemäss steht einer weitergehenden freiwilligen Verpflichtung des Prinzipales nichts entgegen; eine Entlassung des Gehülfen aus dem Vertrage ist aber nur durch regelrechte Expromission möglich. Ohne solche bleibt der Gehülfe jedem Angriffe des Dritten ausgesetzt, ohne diesem Einreden aus dem inneren Verhältnisse zwischen ihm (dem Gehülfen) und dem Prinzipale entgegensetzen zu können.

Die thatsächliche Abwickelung nach geschehenem Eintritte wird sich sonach folgendermassen gestalten: Dem Erfüllung verlangenden Prinzipale setzt der Dritte die Einreden, die ihm gegen den Gehülfen zustehen, entgegen, soweit sie nicht höchstpersönlich oder nach der Denunziation entstanden sind. Bezüglich der letzteren kann sich der Dritte nur an den Gehülfen halten und dessen Sache ist

[1]) s. i. Einzel. Windscheid, Pand. II § 335.

es dann, Regress gegen den Prinzipal zu nehmen. Durch die Einreden des Dritten wird der Prinzipal, wenn anders er auf Erfüllung besteht, gezwungen, auch seinerseits entsprechend der dem Gehülfen gegenüber bestehenden Verpflichtung, zu erfüllen. Wer vorzuleisten hat, richtet sich je nach der Natur des vorliegenden Geschäftes.

Geht der Anstoss zur Erfüllung vom Dritten aus, klagt dieser also gegen den Gehülfen, so muss letzterer erfüllen; er mag dann Regress gegen den Prinzipal nehmen, evt. nach Massgabe der C. P. O. bereits im Prozesse dem Prinzipale den Streit verkündan.

Was nun die Erfüllung selbst durch den Prinzipal angeht, so steht ihr regelmässig nichts entgegen, da eine Obligation nicht durch den Schuldner persönlich erfüllt zu werden braucht, vielmehr auch ein Dritter für ihn leisten kann, falls nur die Leistung dem Vertrage entspricht. Nur in Ausnahmefällen ist die Erfüllung an die Person des ursprünglichen Schuldners gebunden. Auch in unserem Falle ist diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen; es lässt sich wohl denken, dass der Dritte aus rechtlich beachtlichen Gründen Erfüllung gerade vom Gehülfen verlangen kann, so z. B. wenn das Geschäft ein besonderes Vertrauensgeschäft ist.

Selbstverständlich aber darf der Dritte dem Leistung anbietenden Prinzipale gegenüber nicht willkürlich auf Erfüllung durch den Gehülfen bestehen. Wie schon erwähnt, muss hierzu ein rechtlich beachtlicher Grund vorliegen: der Leistungsinhalt muss von der Person des Leistenden abhängen.

Auch in einem solchen Falle steht dem nichts entgegen, dass der Prinzipal sich die Forderungen aus dem betreffenden Geschäfte cedieren lässt, gegen Übernahme der dem Gehülfen aus dessen Erfüllung erwachsenden Aufwendungen. Allerdings fehlt es dann dem Prinzipale an einem Mittel, in gleichmässig wirksamer Weise, wie in den regelmässigen Fällen, die Abwickelung des Geschäftes zu erzwingen, da in solchem Falle die Erfüllung ja nicht von ihm abhängt, er also selbst zur Elidierung der exceptio non adimpleti contractus nichts thun kann, vielmehr nur der Dritte den

Gehülfen zur Erfüllung zwingen kann. Freilich würde, falls der Dritte es dolose unterlässt, auf die Erfüllung seitens des Gehülfen hinzuwirken, der Prinzipal die erwähnte Einrede durch replicatio doli aus dem Wege räumen können. Klagt in einem solchen Falle der Dritte zuerst gegen den Gehülfen, so wickelt sich die Erfüllung in derselben Weise ab, wie in den regelmässigen Fällen.

Nicht anders wird sich die Ausübung des Eintrittsrechtes auf Grund § 56 des neuen Entwurfes gestalten; nur wird dem Prinzipale ausserdem das Recht eingeräumt, zu verlangen, dass der Gehülfe „die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.“ Wie wir schon sahen, ist bisher von der Praxis die Vermittelungsthätigkeit des Gehülfen nicht als Geschäft „für eigene Rechnung“ angesehen, und dem Prinzipale der Zugriff auf die Provision des Gehülfen entzogen worden, obgleich begrifflich zu unterscheiden ist zwischen dem vermittelten Geschäft und dem Vermittelungsgeschäft, welch letzteres der Gehülfe doch schliesslich „für eigene Rechnung“ macht.

Durch die Fassung des § 56 hat der Entwurf diese fühlbare Lücke ausgefüllt und die Zweifel bezüglich dieses Punktes beseitigt.

VII. Verhältnis der Ansprüche.

Haben wir im Vorigen die dem Prinzipale zustehenden Ansprüche im Einzelnen dargestellt, so wollen wir uns nunmehr der Beantwortung der Frage zuwenden: ob beide Ansprüche dem Prinzipale nebeneinander zustehen, oder ob die Geltendmachung des einen Anspruches die des anderen notwendig ausschliesst?

Der klare Wortlaut des Gesetzes:

> „Der Prinzipal kann Ersatz des verursachten Schadens fordern. Auch muss sich der Gehülfe . . . gefallen lassen . . . .“

spricht u. E. zweifellos für die Richtigkeit der ersteren Alternative; umsomehr, als der Gesetzgeber im Falle des Art. 96, wo er die Kumulation der Ansprüche ausschliessen wollte, beide Ansprüche durch die Worte „statt dessen“ ausdrücklich trennt[1]). Es ist auch im Prinzipe nie bezweifelt worden, dass beide Ansprüche dem Prinzipale kumulativ[2]) zustehen sollen. Dieses Prinzip erleidet indessen eine natürliche und notwendige Einschränkung durch die Grundsätze der bona fides.

Der Satz bona fides non patitur, ut idem bis exigatur[3]) verbietet, dass Jemand dasselbe doppelt erhalte. Wird von zwei auf dasselbe gehenden Ansprüchen der eine mit Erfolg geltend gemacht, so ist dadurch die Geltendmachung des anderen ausgeschlossen: die dem Prinzipale zustehenden beiden Ansprüche verfolgen aber — nicht notwendig — doch häufig dasselbe. Der Prinzipal, der vollen Schadenersatz erhalten hat, kann darum das Eintrittsrecht nicht mehr geltend machen, denn dieses würde ihm etwas anderes, als was er erhalten hat, nicht mehr verschaffen können. Wollte der Prinzipal, der den Schaden ersetzt bekommen hat, noch obendrein den „Eintritt“ beanspruchen, so müsste er nachweisen, dass er dadurch nicht etwas doppelt erhalten würde, was er schon im Wege der Ersatzklage erhalten hat; und das wird gerade stets der Fall sein.

In praxi wird daher thatsächlich von Kumulation nicht die Rede sein können, wenn der Prinzipal Schadenersatz erlangt hat. Somit ist es nicht ein Bestreiten des Kumulationsprinzipes, sondern nur die Nutzanwendung des Billigkeitsprinzipes für die praktische Ausübung jenes, wenn wir den Satz aufstellen: Die Kumulation hat nur praktische Bedeutung, wenn der „Eintritt“ gewählt ist[4]). Sehr wohl lässt sich nämlich denken, dass der Prinzipal durch Eintritt

[1]) Art. 97 H. G. B.

[2]) Hahn, Art. 56. § 5. Thöl, § 58. Wendt, S. 260. Makower, S. 75. Behrend, S. 326. Staub, S. 85.

[3]) l. 57. D. de R. J. 50. 17.

[4]) Behrend a. a. O. § 45 Anm. 49.

in das Geschäft seinen Schaden nicht vollständig deckt, und hier gerade kann er gegebenenfalls seinen Anspruch auf Schadenersatz, und zwar in id quod plurius eius interfuerit[1]), neben seinem bereits befriedigten Anspruch auf Eintritt geltend machen. Hierdurch erlangt der Prinzipal keineswegs dasselbe zweimal, sondern nur Ersatz des Schadens, der durch den „Eintritt" nicht gedeckt wurde.

Dies zeigt treffend folgendes Beispiel: Der Prinzipal, der eine bestimmte Ware zu liefern hat, tritt über den Ankauf derselben in Verhandlungen mit A, und dieser ist geneigt, sie ihm um 100 zu verkaufen. Vor Abschluss des Vertrages bietet aber der Prokurist dem A. 105, und dieser schliesst mit ihm um diesen Preis ab. — Der Prinzipal kann die Ware anderwärts nur um 108 erhalten. In diesem Falle kann der Prinzipal vom Prokuristen einfach den Schaden mit 8 fordern; er kann aber auch verlangen, dass das Geschäft des Prokuristen als für seine Rechnung geschlossen angesehen werde, und daneben den Schaden mit 5 fordern[2]).

Es ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob nicht Art. 97 in der Weise analog auf unsern Fall anzuwenden sei, dass man Art. 56, 59 restriktiv interpretiert und auch hier dem Prinzipale nur ein Wahlrecht giebt, somit alternative Konkurrenz beider Ansprüche annimmt. Nach Wendt[3]) muss die Entscheidung zweifelhaft bleiben, u. E. jedoch schliesst der klare Wortlaut des Gesetzes eine Interpretation aus, die — wenn vom Gesetzgeber gewollt — jedenfalls deutlichen Ausdruck gefunden haben würde.

Eine andere Frage ist es, ob es nicht wünschenswert wäre, in den analogen Fällen des Art. 56 und des Art. 97 Gleichmässigkeit der bezüglichen Gesetzesbestimmungen herbeizuführen? Art. 97 schliesst, wie erwähnt, die Kumulation der beiden Ansprüche durch die Worte „statt

---

[1]) l. 28. D. de a. l. v. (19. 1.)
[2]) Hahn a. a. O. S. 222.
[3]) Wendt a. a. O. S. 260.

dessen“ ausdrücklich aus. Bei der ganz gleichen Stellung des berechtigten Prinzipales und der berechtigten Gesellschaft ist schlechterdings kein Grund ersichtlich, welcher die Verschiedenheit der gesetzlichen Bestimmungen rechtfertigen könnte.

In richtiger Erkenntnis dieser Inkonsequenz hat der Entwurf für die Fälle des § 56 und §§ 101, 102 gleichlautende Bestimmungen getroffen, und zwar aus Gründen der „Billigkeit“ sich dafür entschieden[1]), dem Prinzipale (der Gesellschaft) beide Rechte nur wahlweise zu geben.

Ob es nicht billiger wäre, die Bestimmung des Art. 56 beizubehalten und dementsprechend auf § 102 des Entwurfes auszudehnen? Gewiss wird in den meisten Fällen der Prinzipal — zumal ihm die Klage auf Rechnungslegung zusteht — die Sachlage übersehen und sich klar machen können, welche der beiden Befugnisse ihm in der Ausübung vorteilhafter sein wird. Eine schwerwiegende Schädigung der Interessen des Prinzipales wird also durch die neue Bestimmung nicht zu befürchten stehen. Wenn aber nur die Rücksicht auf die „Billigkeit“ den Grund zu der Änderung gegeben haben soll, so dürfte es gestrost bei der Bestimmung des Art. 56 bewenden, weil eine unbillige Ausnutzung des Kumulationsprinzipes sich — wie oben ausgeführt — in praxi stets gerade aus Rücksichten der bona fides verbietet, und somit eine Gefahr in der Beibehaltung der Kumulation nicht liegt.

Bleiben wir bei dem obigen Beispiel. Hier werden die Anhänger des Entwurfes sagen: Der Prinzipal hat es ja in seiner Hand, den Schaden mit 8 zu fordern; wenn er aber statt dessen „Eintritt“ wählt, und seine Rechnung nicht findet, so ist es eigene Schuld.

Der Einwand mag in diesem Falle stichhaltig sein. Wie aber, wenn der Fall so liegt: Der Prinzipal kann die Ware anderweitig nicht bekommen. Er will aber nicht in Lieferungsverzug kommen; er wartet also nicht erst, bis

[1]) Denkschr. z. Entw. e. H. G. B. S. 59.

auch dieser Schaden da ist, sondern tritt ein. Will man dem Prinzipale nun versagen, den Schaden mit 5 noch obendrein zu verlangen, weil er sein Wahlrecht erschöpft hat? Soll er es also lieber darauf ankommen lassen, bis er einen Schaden liquidieren kann (und sollte er auch darüber seinen Kunden verlieren)? oder soll er lieber auf ein Eintrittsrecht verzichten, welches nur illusorisch ist, dessen Geltendmachung ihm doch nur Schaden bringt? Und doch wäre dies die Konsequenz der Entwurfsbestimmung.

Wer nur die Möglichkeit praktischer Anwendung unseres Beispieles anerkennt, wird uns darin beipflichten, dass wir bei der vorgeschlagenen Änderung des Entwurfes nur verlieren können, während die bisherige diesbezügliche Bestimmung des Art. 56 zu Inkonvenienzen bislang u. W. nicht geführt hat nnd bei verständiger Auslegung auch nicht führen kann.

VIII. Verjährung und Vererblichkeit der Ansprüche.

Eine Erörterung über die Verjährung und Vererblichkeit der genannten Ansprüche des Prinzipales kann Besonderheiten nicht aufweisen.

An einer ausdrücklichen Bestimmung des H. G. B. fehlt es; nur für den analogen Fall der Art. 96, 97 H. G. B. besitzen wir die ausdrückliche Bestimmung, dass

> „das Recht der Gesellschaft, in ein von dem Gesellschafter für eigene Rechnung gemachtes Geschäft einzutreten oder Schadenersatz zu fordern, nach drei Monaten, von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem die Gesellschaft von dem Abschlusse des Geschäftes Kenntnis erhalten hat, erlischt."

Hier ist also ausdrücklich eine Ausschluss- (nicht Verjährungs-) frist statuiert. Eine Ausdehnung dieser Bestimmung für unseren Fall ist aber trotz der Analogie unzulässig; die Bestimmung des Art. 97 Abs. 2 ist eine exceptionelle, sonach widerstreitet ihre Natur der Ausdehnung auf analoge

Fälle, denn quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

Eine andere Frage mag sein, ob eine gleiche Bestimmung für unsern Fall wünschenswert ist? Diese Frage ist unbedenklich zu bejahen, denn der Billigkeit entspricht es im einen Falle so gut wie im anderen, dass der Berechtigte sich sobald wie möglich schlüssig macht; dies erfordert das Interesse des Verkehres. So hat denn auch der Entwurf in § 56 Abs. 2 bestimmt,

> „dass die Ansprüche in drei Monaten von dem Zeitpunkte an, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschlusse des Geschäftes erlangt, verjähren."

Hier ist ausdrücklich eine a momento scientiae dreimonatliche Verjährungsfrist statuiert. Für das geltende Recht bleibt es indessen bei den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes. Die Ansprüche des Prinzipales verjähren sonach in der ordentlichen Verjährungszeit (gem. Recht 30 Jahre) und zwar vom Augenblicke der Rechtsverletzung, d. h. dem Augenblicke des Abschlusses an gerechnet, denn in diesem Zeitpunkte ist actio nata[1]) gegeben.

Der Zeitpunkt der Kenntnis muss regelmässig gleichgültig bleiben, denn nur bei einer kurzen Ausschluss- oder Verjährungsfrist entspricht es der Billigkeit, dieselbe erst vom Augenblicke der Kenntnis laufen zu lassen. Fraglich könnte sein, ob die Erhebung der Klage auf Rechenschaftsablegung die Verjährung unterbricht. U. E. ist diese Frage zu bejahen, denn der Anspruch auf Rechenschaftsablegung ist nur ein Ausfluss des Rechtes auf Schadenersatz und des Eintrittsrechtes: diese werden also in jenem bereits geltend gemacht. Die Klage auf Rechenschaftsablegung bereitet die entsprechenden Klagen vor und dient damit dazu, dem Prinzipale die Befriedigung seiner Ansprüche zu sichern. Ist doch manchmal die Klage auf Rechnungslegung die notwendige Voraussetzung zur wirksamen Durchführung der Ansprüche auf Schadenersatz resp. Eintritt.

[1]) c. 1. § 1. C. de ann. exc. 7. 40.

Über die Vererblichkeit der Ansprüche des Prinzipales kommen besondere, von den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes abweichende Bestimmungen nicht in Frage. Die Ansprüche des Prinzipales, — die wir als Kontraktsansprüche kennen gelernt haben — sind somit, wie alle solche, aktiv und passiv unbeschränkt vererblich, da selbstverständlich der den actiones vindictam spirantes zu Grunde liegende Gesichtspunkt nicht in Betracht kommt.

Anhang.

IX. Klage auf Unterlassung pro futuro.

Zum Schlusse wollen wir uns der Frage zuwenden, ob der Prinzipal stets darauf angewiesen ist, das verbotswidrige Geschäft abzuwarten und nachher seinen Anspruch auf Schadenersatz resp. Eintritt geltend zu machen, oder ob nicht — sei es allgemein, sei es unter bestimmten Voraussetzungen — das Recht dem Prinzipale eine Handhabe giebt, den Abschluss jener Geschäfte überhaupt zu verhindern. Wir denken hierbei an eine Klage auf Unterlassung pro futuro.

Das H. G. B. selbst enthält eine einschlägige Bestimmung nicht; wohl aber muss eine solche Klage nach gemeinem Rechte unter Umständen als begründet angesehen werden[1]). Allerdings kann man u. E. nicht allgemein den Grundsatz aufstellen, dass ein jeder Anspruch, welcher auf ein Unterlassen — ein non facere — geht (und um einen solchen handelt es sich ja) ohne Weiteres eine Klage auf diese Unterlassung erzeugt[2]). Ist es doch feststehender Rechtsgrundsatz, dass nur dem verletzten Anspruche eine Klage zur Seite steht, und unter die „Verletzung“ fällt, wenn wir diesen Begriff im weitesten Sinne fassen, auch die Gefährdung des Anspruches; eine solche muss

[1]) Behrend a. a. O. S. 326 Anm. 49.
[2]) cfr. R. O. H. G. XIX. No. 46 S. 136 f.

aber auch mindestens vorliegen, wenn ein Anspruch eine Klage erzeugen soll.

Sonach kann dem Prinzipale diese Klage auf Unterlassung pro futuro nur gegeben werden, wenn die Befürchtung weiterer Zuwiderhandlung des Gehülfen besteht. Wird doch auch eine actio in rem negatoria, auf welche wir zur Analogie Bezug nehmen, nur dann gegeben, wenn die Befürchtung fernerer Rechtsstörung gegeben ist.

Wann hiernach die Befürchtung verbotswidrigen Geschäftsabschlusses seitens des Gehülfen besteht, ist natürlich reine Thatfrage. Unbedenklich wird man diese Befürchtung dann als vorliegend annehmen können, wenn es sich um einen Geschäftsbetrieb des Gehülfen handelt. Hat der Gehülfe jedoch nur ein vereinzeltes Geschäft abgeschlossen, so wird der Anspruch auf Unterlassung pro futuro einer besonderen Begründung bedürfen. Durch dies Rechtsmittel erwirkt dann der Prinzipal ein richterliches Verbot auf Unterlassung[1]), unter Androhung einer Strafe für jeden Fall der Kontravention. Auf Bestellung einer Sicherheit für den, durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden wird nur unter ganz besonderen Umständen zu erkennen sein.

Man könnte nun diesem Rechtsmittel die praktische Verwendbarkeit absprechen, indem man darauf hinweist, dass ja Art. 64 Abs. 2 den verbotswidrigen Abschluss von Geschäften ausdrücklich als wichtigen Grund zur Aufhebung des Dienstverhältnisses — und ein solches liegt ja in der Regel vor — vor Ablauf des Kontraktsverhältnisses benennt, und dass der Prinzipal, wenn er wirklich befürchtet, der Gehülfe werde noch fernerhin verbotswidrig kontrahieren, vom Entlassungsrechte Gebrauch stets machen werde.

Nun spricht Art. 64 sub 2 aus:

„es kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden, wenn . . .“

[1]) § 775. C. P. O.

Es braucht also nicht wegen einer jeden geringfügigen Überschreitung des Verbotes auf Entlassung erkannt zu werden[1]).

Allerdings muss man zugeben, dass der Richter, wenn das verbotswidrig geschlossene Geschäft ein solches war, dass die Befürchtung fernerer Verletzung ohne Weiteres besteht, stets das Vorliegen eines „wichtigen" Grundes als gegeben ansehen muss. Es ist aber zu bedenken, dass der Prinzipal häufig genug guten Grund haben wird, diesen Gehülfen noch auf kürzere oder längere Zeit zu behalten; man denke an die Abwickelung eines Komplexes von Geschäften, in welche dieser Gehülfe besonders eingeweiht war. Dann wird der Prinzipal von der sofortigen Entlassung absehen, und sich durch die Klage auf Unterlassung pro futuro sicher stellen.

[1]) R. O. H. G. XIX. 38. S. 165. Goldschmidt, Zeitschr. XXI. 563.